(Orgs)
Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG e CNPQ)
Juliana Cesário Alvim (UFMG e CEU)
Juliano Zaiden Benvindo (UnB e CNPQ)
Natasha Burrell Ribeiro (UFMG)
Lucas de Souza Prates (UFMG)

Constitucionalismo

Desigualdade e Desinformação

Anais do III Encontro da ICON-S Brasil

ICON·S BRAZIL

EXPERT

A Revista Internacional de Direito Constitucional (International Journal of Constitutional Law, I-CON) é um periódico científico, de impacto Q1 , que tem como escopo desafios contemporâneos relacionados à democracia. Seu acervo reflete tendências interdisciplinares entre os ramos do Direito Público, suas vertentes comparativas e conexões com as demais áreas das ciências humanas. Dessa forma, a I-CON se consolidou como referência na divulgação de pesquisas que exploram aspectos da governança e da vida pública, promovendo o engajamento entre acadêmicos, juristas e formuladores de políticas comprometidos com o aprimoramento do Direito Público.

Em resposta ao crescente protagonismo dessa área do conhecimento no cenário global e à produção acadêmica que acompanha esse movimento, o Conselho Editorial da I-CON fundou, em 2014, a Sociedade Internacional de Direito Público (International Society of Public Law, ICON-S) . Desde então, a Sociedade organiza, anualmente, conferências internacionais, promovendo o diálogo entre seus membros.

Visando expandir esse espaço deliberativo, foi criada, em 2019, a Seção Brasileira da ICON-S (Brazilian Chapter of the International Society of Public Law, ICON-S Brazil) . Atualmente, a Seção busca fomentar pesquisas voltadas a questões pertinentes ao Sul Global, contribuindo para a compreensão das particularidades do direito público nessa região .

Nesse contexto, a Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (FDCE/UFMG) sediou, nos dias 26 e 27 de agosto de 2024, o 3º Seminário Nacional da ICON-S Brasil. O evento contou com 17 grupos de trabalho, quatro painéis e duas mesas redondas, oportunizando reflexões coletivas sobre cortes constitucionais, comparativismo, constitucionalismo, democracia, eleições, desinformação e desigualdade.

Esse fluxo de ideias resultou na elaboração de 43 textos, organizados nesta obra a partir dos seguintes eixos temáticos: i) Poder Judiciário, Controle de Constitucionalidade e Legitimidade; ii) Desigualdade, Cidadania e Direitos Fundamentais; iii) Crise Democrática, Eleições e Desinformação.

Além de registrar as relevantes discussões ocorridas em Belo Horizonte/MG, esta publicação serve como um prelúdio à 11ª conferência internacional da ICON-S, que será realizada no Brasil. Espera-se que este encontro, previsto para julho de 2025, contribua para o amadurecimento das propostas aqui apresentadas, consolidando o Brasil como uma referência nos debates internacionais sobre Direito Público.

Diante disso, agradecemos aos participantes, aos integrantes da ICON-S Brasil, ao Centro de Constitucionalismo e Comparativismo (Constituições) da UFMG, ao Centro de Estudos Latino-Americanos (CELA) da UFMG, ao Centro Estudos Constitucionais Comparados (CECC) da Universidade de Brasília (UnB), à Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais (OAB/MG), à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig), ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFMG e ao escritório Celestino Silva Advogados Associados, cujo apoio se revelou imprescindível a esta publicação e ao Seminário que lhe deu origem.

ISBN 978-65-6006-154-5

Constitucionalismo

Desigualdade e Desinformação

Anais do III Encontro da ICON-S Brasil

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Aquino, Leonardo Gomes de, Bicalho, Márcia Amélia de Oliveira (Orgs.)
Direito em Perspectiva / Leonardo Gomes de Aquino e Márcia Amélia de Oliveira Bicalho (Organizadores). – Belo Horizonte: Editora Expert, 2023.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-6006-154-5

Direito. 2. Modernidade. 3. Perspectivas. 4. Mudanças. I. Título.
CDD 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola. Superior de Desporto de Rio Maior, Escola. Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Cèsar Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. e PUC - MInas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

APRESENTAÇÃO

A Revista Internacional de Direito Constitucional (*International Journal of Constitutional Law,* I-CON) é um periódico científico, de impacto Q1[1], que tem como escopo desafios contemporâneos relacionados à democracia. Seu acervo reflete tendências interdisciplinares entre os ramos do Direito Público, suas vertentes comparativas e conexões com as demais áreas das ciências humanas. Dessa forma, a I-CON se consolidou como referência na divulgação de pesquisas que exploram aspectos da governança e da vida pública, promovendo o engajamento entre acadêmicos, juristas e formuladores de políticas comprometidos com o aprimoramento do Direito Público.

Em resposta ao crescente protagonismo dessa área do conhecimento no cenário global e à produção acadêmica que acompanha esse movimento, o Conselho Editorial da I-CON fundou, em 2014, a Sociedade Internacional de Direito Público (*International Society of Public Law,* ICON-S)[2]. Desde então, a Sociedade organiza, anualmente, conferências internacionais, promovendo o diálogo entre seus membros.

Visando expandir esse espaço deliberativo, foi criada, em 2019, a Seção Brasileira da ICON-S (*Brazilian Chapter of the International Society of Public Law,* ICON-S Brazil)[3]. Atualmente, a Seção busca fomentar pesquisas voltadas a questões pertinentes ao Sul Global, contribuindo para a compreensão das particularidades do direito público nessa região[4].

Nesse contexto, a Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (FDCE/UFMG) sediou, nos

1 O *SCImago Journal Rank* (SJR) é um indicador que utiliza a base de dados Scopus para avaliar o impacto de periódicos científicos em suas respectivas áreas do conhecimento. Assim, esse indicador leva em consideração a quantidade e o prestígio das citações recebidas por cada publicação. As pontuações são categorizadas em quartis, sendo Q1 a mais influente e Q4 a menos influente. O impacto da I-CON na área do direito pode ser consultado em https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=4700152463&tip=sid&clean=0. Acesso em: 10 out. 2024.

2 BURCA, Gráinne de; HIRSCHL, Ran. Editorial. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 2, p. 311–314, abr. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1093/icon/moy054. Acesso em: 10 out. 2024.

3 Disponível em: https://portal.fgv.br/eventos/1deg-encontro-brasileiro-sociedade-internacional-direito-publico-icon-s-brasil. Acesso em: 10 out. 2024.

4 Disponível em: https://iconsbrasil.org/sobre/. Acesso em: 10 out. 2024.

dias 26 e 27 de agosto de 2024, o 3º Seminário Nacional da ICON-S Brasil. O evento contou com 17 grupos de trabalho, quatro painéis e duas mesas redondas, oportunizando reflexões coletivas sobre cortes constitucionais, comparativismo, constitucionalismo, democracia, eleições, desinformação e desigualdade.

Esse fluxo de ideias resultou na elaboração de 43 textos, organizados nesta obra a partir dos seguintes eixos temáticos: i) Poder Judiciário, Controle de Constitucionalidade e Legitimidade; ii) Desigualdade, Cidadania e Direitos Fundamentais; iii) Crise Democrática, Eleições e Desinformação.

Além de registrar as relevantes discussões ocorridas em Belo Horizonte/MG, esta publicação serve como um prelúdio à 11ª conferência internacional da ICON-S, que será realizada no Brasil. Espera-se que este encontro, previsto para julho de 2025, contribua para o amadurecimento das propostas aqui apresentadas, consolidando o Brasil como uma referência nos debates internacionais sobre Direito Público.

Diante disso, agradecemos aos participantes, aos integrantes da ICON-S Brasil, ao Centro de Constitucionalismo e Comparativismo (Constituições) da UFMG, ao Centro de Estudos Latino-Americanos (CELA) da UFMG, ao Centro Estudos Constitucionais Comparados (CECC) da Universidade de Brasília (UnB), à Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais (OAB/MG), à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig), ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFMG e ao escritório Celestino Silva Advogados Associados, cujo apoio se revelou imprescindível a esta publicação e ao Seminário que lhe deu origem.

Belo Horizonte/MG, 30 de novembro de 2024.

Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG e CNPQ)
Juliana Cesário Alvim (UFMG e CEU)
Juliano Zaiden Benvindo (UnB e CNPQ)
Natasha Burrell Ribeiro (UFMG)
Lucas de Souza Prates (UFMG)

SUMÁRIO

Parte I

Poder Judiciário, Controle de Constitucionalidade e Legitimidade

A Mobilização Conservadora no STF: Análise dos Focos Temáticos em Pautas de Gênero e Estratégias Jurídico-Constitucionais (2019-2022)..... 19
Leide Luzia Silva , Breno Baía Magalhães

Protocolos para Julgamento com Perspectiva de Gênero: Método de Contrapedagogia da Crueldade no Acesso à Jurisdição de Mulheres Trans..... 41
Anna Lídia Di Nápoli Andrade e Braga, Gabriela Oliveira Freitas, Renata Apolinário de Castro Lima

A Judicialização dos Direitos Sexuais no Brasil: Entre Inovação Social, Insegurança e Justiça..... 59
Pedro de Mendonça Guimarães, Joana de Souza Machado

O Legado Bolsonarista na Educação: Uma Investigação sobre os Sentidos Constitucionais Mobilizados no Âmbito do Supremo Tribunal Federal..... 91
Gabriela Sena dos Santos

A Constitucionalização das Federações Partidárias: O Julgamento da ADI 7021 pelo STF e seus Reflexos na Judicialização da Reforma Política no Brasil..... 121

Renan Rodrigues Pessoa

Acesso à Justiça e Legitimidade no Controle de Constitucionalidade Abstrato: Da Constituinte (1986-1988) ao Pós-Constituição (1988) 149
Iara Duque Soares, Adriana Goulart de Sena Orsini

Minimalismo Judicial: O Caminho do Meio para um Supremo Tribunal Federal Mais Autocontid..... 175
Cláudio Ladeira de Olvieira , Lucas Pieczarcka Guedes Pinto

Ética Profissional e Poder Disciplinar: Uma Reflexão sobre a Responsabilidade Ética das Juízas..... 203
Robson Gonçalves Valadares Filho, Isadora Nunes Machado

Garantias Constitucionais no Direito Administrativo Sancionador: A Discussão no Supremo Tribunal Federal..... 223
Luísa Tramarin Hoffmann

Última Palavra sobre as Prerrogativas: Quem Decide sobre a Perda de Mandato de Parlamentar Condenado Criminalmente?..... 253
Ana Carolina Tonon dos Santos

Concessões Monocráticas de Liminares no STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade: Anatomia de uma Inovação Processual no Supremo Tribunal Federal..... 283
Talles Neves Silva Bhering

Pressupostos Metodológicos para o Estudo Comparativo do Monitoramento de Processos Estruturais no Brasil e na Colômbia... 311
Yago da Costa Nunes dos Santos

Parte II

Desigualdade, Cidadania e Direitos Fundamentais

A Representação Política Feminina no Brasil pelo Neoinstitucionalismo Feminista: Entre as Medidas Afirmativas e a Cidadania das Mulheres 343
Juliana Alice Fernandes Gonçalves, Tailaine Cristina Costa

A Tutela dos Direitos das Mulheres no Brasil à Luz do Constitucionalismo Feminista Multinível 365
Melina Girardi Fachin, Leticia de Andrade Porto Nosaki

A Extensão do Trabalho Doméstico para a Arena Pública: Uma Análise do Exercício da Cidadania das Mulheres 395
Daniella Barbosa Monteiro Santos

Os Desafios para a Legalização do Aborto pela Via Legislativa no Brasil: Um Olhar Comparado entre Argentina, Brasil e Uruguai 411
Milena Coelho Angulo, Alana Carvalho Miranda

Cannabis Medicinal no Brasil: Por uma Legislação Experimental.... 439
Thiago Brazileiro Vilar Hermont, Daniela Veloso de Abreu e Matos

A Teoria Reformista e o Papel da Educação no Combate à Insegurança Alimentar 463
Maria Luiza Barbosa Ferreira, Thaylor Vitor de Souza

Desigualdade Racial na Docência do Ensino Superior: A Importância das Ações Afirmativas 487
Juliana Coelho Lima Gac

Racismo: Impacto e Ameaça aos Direitos Humanos. Uma Análise Crítica da Responsabilidade Empresarial.....507
Reinaldo Pereira da Silva, Katya Kozicki

Atlas da Violência de 2023: Necropolítica e Biopolítica.....537
Maria Luiza Barbosa Ferreira, Thaylor Vitor de Souza

Direito Constitucional Digital e a Redefinição da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.....557
Gustavo Ferraz Sales Carneiro

O Direito Fundamental à Internet e o Direito de Usufruir de Meios Analógicos até a Efetivação Total da Cibercidadania.....583
Carolina Barcelos Bontempo, Grazielly Almeida Borges

Discriminação em Tempos dos Irrefreáveis Avanços da Neurotecnologia.....613
Ana Maria D'Ávila Lopes

Propostas de Emenda à Constituição e Cidadania Ativa: As Consultas Públicas no Senado Federal (2005-2023).....639
Wagner Vinícius de Oliveira

A Efetivação do Direito Fundamental à Cultura: Cidadania Cultural e o Papel de Fomento das Instituições de Ensino Superior.....665
Luciana da Silva Costa, Esther Pereira da Silva

O Direito Subjetivo à Moradia e Sua Oponibilidade Jurídica: Análise da Posição do STF no RE 928902.....691
Gabriel Queiroz de Camargo, Maria Tereza Fonseca Dias

Do Estado Social ao Estado de "Consolidação": Aspectos da "Desdemocratização da Economia" no Capitalismo Financeirizado 719
Thiago Lemos Possas

Minimum Wage, Maximum Disparity: A Critical Examination of Law Enforcement in Brazil and Proposals from Global Best Practices 755
Giorgio Michalopoulos, Stefano Morici

O Acesso à Justiça no Brasil: Um Fosso de Iniquidades a Ser Transposto 787
Fernando Gonzaga Jayme, Henrique Frontezch Barroso, Laura Tavares Souza

O Mandado de Segurança como Instrumento de Garantia de Direitos Fundamentais: O Caso das Chamadas Públicas da Agricultura Familiar, no Âmbito do PNAE, na SEDUC-SP 811
Júlia Carvalho Adolphs Ramalho, Waleska Miguel Batista

Parte III

Crise Democrática, Eleições e Desinformação

Interseções entre o Processo Eleitoral e a Inteligência Artificial: Análise da Resolução TSE nº 23.732/2024 e do Regulamento (UE) 2024/1689 835
Ian Ferrare Meier, Maria Antônia Melo Beraldo, Mateus Nishimura de Lima

O Princípio da Liberdade de Expressão na Era da Comunicação Digital: Vigilância Privada e Regulamentação das Mídias Digitais 863
Artur Marchioni

Estratégias Judiciais, Partidos Políticos e Percepção da Integridade Eleitoral: Uma Análise das Eleições Gerais no Brasil (2014, 2018 e 2022)..... 893
Letícia Scheidt Gregianin

Autonomia e o Risco da Captura da Autoridade Monetária: A PEC nº 65/2023 e a Alteração da Personalidade Jurídica do Banco Centra.... 917
Lucas Antunes de Siqueira Costa

"Constitutional Hardball" na Presidência da Câmara dos Deputados: Limites para a Atuação do Presidente da Casa Parlamentar e Consequências ao Desenho Constitucional..... 943
João Vitor Flavio de Oliveira Nogueira

A Defesa da Democracia em Tempos Iliberais: A Direita Radical e os Limites à Liberdade Política 963
Fábio Candido do Prado

A Ilusão da Democracia Direta por Meio dos Referendos Espúrios.. 995
André Ladeira da Rocha Leão

O Maligno Vapor do Fascismo: Breve Reflexão sobre os Movimentos e a Ascensão Fascista na Alemanha do Século XX e no Brasil do Século XX 1019
Francis Duarte, Letícia Kreuz

Para Além da Democracia Militante: Uma Investigação Preliminar sobre os Mecanismos Institucionais e Dimensões Conceituais para um Constitucionalismo de Proteção da Democracia Constitucional..... 1041
Samuel Pereira de Farias

Deterioração Constitucional e Populismos: Nas Fronteiras do Direito e da Política 1069
Katya Kozicki, Flávia da Rosa Melo

Os Aspectos Polissêmicos da Suposta Crise do Estado Democrático de Direito 1101
Luciana da Silva Costa, Tamires Paulina Oliveira Castro

Accountability e Responsividade Democráticas como Requisitos do Desenvolvimento Sustentável 1127
Adriana Campos Silva, Christiane Costa Assis, Lais Barreto Barbosa

PARTE I

PODER JUDICIÁRIO, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE

A MOBILIZAÇÃO CONSERVADORA NO STF: ANÁLISE DOS FOCOS TEMÁTICOS EM PAUTAS DE GÊNERO E ESTRATÉGIAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS (2019-2022)

THE CONSERVATIVE MOBILIZATION IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT: ANALYSIS OF THEMATIC FOCUSES ON GENDER ISSUES AND LEGAL-CONSTITUTIONAL STRATEGIES (2019-2022)

Leide Luzia Silva[5]

Breno Baía Magalhães[6]

Resumo: Este trabalho analisa os focos temáticos prioritários no Supremo Tribunal Federal em relação às pautas de gênero, elucidando os principais temas e atores envolvidos, bem como as estratégias jurídico-constitucionais usadas pelos grupos conservadores em suas mobilizações legais, sob a perspectiva da literatura sobre judicialização da política no Brasil. A abordagem metodológica utilizada foi análise de conteúdo de viés institucionalista, em ações judiciais julgadas pelo plenário da Corte entre 2019 e 2022 para identificar o repertório de confronto que estes grupos utilizam para disputar a interpretação constitucional. A análise foi conduzida a partir da palavra-chave "gênero" como uma indexadora do conteúdo dos grupos e sujeitos contrários às pautas de gênero.

Palavras-chave: Ativismo Conservador; Litigância Estratégica; Supremo Tribunal Federal; Gênero.

Abstract: This study analyzes the priority thematic focuses in the Brazilian Supreme Federal Court (STF) regarding gender issues, elucidating the main themes and actors involved, as well as the

5 Graduanda em Direito. Bolsista PIBIC/FAPESPA. Integrante do GCODES E COCIP. E-mail: leideluziasilva@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9662277786333937.

6 Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Professor de Direito Internacional e Constitucional da UFPA. E-mail: brenobaiamag@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0126393188779750.

legal-constitutional strategies used by conservative groups in their legal mobilizations, from the perspective of the literature on the judicialization of politics in Brazil. The methodological approach used was a content analysis with an institutionalist bias, examining judicial actions decided by the Court's plenary between 2019 and 2022 to identify the repertoire of confrontation these groups use to contest constitutional interpretation. The analysis was conducted using the keyword "gender" as an indexer of the content from groups and individuals opposed to gender-related agendas.

Keywords: Conservative activism; Strategic Litigation; Supreme Federal Court; Gender.

1 INTRODUÇÃO

Durante os últimos anos, a religião voltou a ocupar um lugar prioritário na agenda política. A crescente importância dos direitos sexuais e reprodutivos nas agendas nacionais e internacionais destaca a centralidade política de associações e grupos religiosos, assim como sua heterogeneidade e dinamismo (Vaggione, 2010). Para Vaggione (2010), a presença desses atores nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é organizada e acentuada, na medida em que a sua articulação em torno de novas estratégias para influenciar a legislação e as políticas públicas sobre sexualidade é identificada. A novidade, porém, é a disputa no campo jurídico, através da participação de grupos conservadores em ações judiciais julgadas pela Suprema Corte, em uma tentativa de disputar a interpretação constitucional (Wohnrath, 2021) para inibir a ampliação de direitos e minorias políticas e revogar os já estabelecidos, sobretudo no que diz respeito a matérias de gênero e aos Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos (DSDR).

Marsicano (2024) argumenta que na esfera legislativa da política a crescente influência do conservadorismo religioso, em relação às questões de gênero e sexualidade, é notoriamente conhecida e estudada, no entanto, quando se trata da ofensiva na esfera jurídica,

se nota uma escassez na produção empírica e reflexões teóricas que assumam a articulação entre conservadorismos, tendo o Judiciário como horizonte principal de análise, ou que busquem compreender como o ativismo de grupos conservadores tornou-se parte do cotidiano jurídico do país.

No que diz respeito ao foco deste trabalho, isto é, compreender as articulações de segmentos religiosos em torno de uma agenda antigênero com foco nas ações julgadas pela Suprema Corte do país, encontramos no relatório "Cartografia dos Catolicismos Jurídicos Antigênero", elaborado pelo Instituto de Estudos da Religião (ISER) em 2024, achados relativos ao tema. O trabalho identificou os agentes e pautas antigênero no campo jurídico tendo em foco personalidades com relevância social no campo conservador como em institutos, pastorais, associações, sociedades e organizações de leigos católicos, sem identificar, ainda, eventuais vínculos entre os grupos católicos e o universo político-institucional. A metodologia consistiu em realizar um mapeamento descritivo dos atores engajados em atuar nas instâncias jurídicas para impedir o avanço de direitos de minorias políticas baseados no pertencimento católico. O estudo chama atenção para algumas instituições, como o Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF), que são constituídas para ingressar como *amicus curiae* no STF - no caso do IDVF para participar da ADPF 442, que revisa a criminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez pelo CP - e, em seguida, "deixam de existir". Esse dado, além de revelador, sugere que algumas associações jurídicas podem ser criadas exclusivamente para que certos atores se posicionem publicamente e influenciem a opinião pública em torno de julgamentos que tratam de temas controversos (aborto, ensisno religioso, crucifixo em locais públicos, reaberturas de igrejas na pandemia etc.) (Marsicano, 2024).

Diante do reconhecimento de que o ativismo conservador vem ampliando sua atuação pelo retrocesso de direitos no universo jurídico, este trabalho buscou compreender as articulações de segmentos religiosos em torno de uma agenda antigênero com foco nas ações julgadas pela Suprema Corte do país no período de

2019-2022. Por esse motivo, foi utilizado o conceito de "repertório" de Charles Tilly, para entender o que propicia, e como ocorre, o processo de mobilização jurídica, entendendo-o como parte de um repertório de ação coletiva usado pela sociedade civil brasileira na intenção de influenciar os processos decisórios (Losekann, 2013). Além disso, foi realizado um mapeamento de ações judiciais, o que permite ampliar a compreensão dos grupos e organizações conservadoras que litigam na Corte, percebendo quais são os atores e objetos de disputas na atual conjuntura.

Nesse sentido, nota-se que já foram elaboradas pesquisas acerca da mobilização do Direito como repertório de Ação Coletiva, segundo Losekann (2013) vários trabalhos no campo das Ciências Sociais têm discutido a crescente judicialização dos conflitos coletivos e o protagonismo emergente das instituições de Justiça no Brasil, sobretudo do Ministério Público. Ainda de acordo com a autora, também existem análises que argumentam sobre um processo de elaboração de redes formais e informais que ligam o ativismo judicial com o militantismo político nas causas coletivas, porém, ainda assim, pouco se pesquisou sobre as relações entre as instituições de Justiça e a sociedade civil.

Em consonância a esses exemplos de bibliografia e pesquisa, entende-se a necessidade de uma abordagem que ofereça uma compreensão mais aprofundada da mobilização conservadora no cenário jurídico brasileiro em relação às questões de gênero, fornecendo *insights* sobre suas estratégias de atuação, motivações ideológicas e efeitos sobre o processo de tomada de decisão do STF.

A plena compreensão das estratégias de atuação desses grupos em ações do controle de constitucionalidade demanda uma pesquisa particular. O modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil estabelece uma lista de legitimados, com ou sem mandato político, que podem ingressar com um pedido para revisar a constitucionalidade de uma política pública.

Entre os membros da sociedade civil organizada, o texto constitucional reconhece a legitimidade para atuar no âmbito da

justiça constitucional confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional. Todavia, a Corte considera, desde há muito tempo (ADI X, 89), que entidades de classe e associações de âmbito nacional são aquelas que reúnem profissionais, representadas em pelo menos nove entes federados, e perseguem, em todo o país, a defesa dos interesses da respectiva classe profissional. Ademais disso, o termo constitucional "classe" foi interpretado através da concepção assimilacionista de Oliveira Vianna encartado na CLT de 43, segundo a qual, só existem as classes patronais e de trabalhadores (ADI Y, 89). Por fim, para esse grupo de legitimados, o Tribunal passou a demandar que justificassem seus pedidos de revisão constitucional com base na "pertinência temática" entre seus objetivos associativos e a norma impugnada. Em conjunto, esses precedentes fizeram com que os questionamentos constitucionais feitos pelas entidades de classe de âmbito nacional se restringissem a pautas corporativas e administrativas (Dimoulis, 2017).

Entretanto, mais recentemente, o STF parece disposto a alterar seus precedentes sobre legitimidade das associações, buscando ampliar o acesso da sociedade civil ao controle abstrato. Em 2020, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para acessar o controle abstrato na ADPF 709. Contudo, conforme o ressalvado pelo Ministro relator da Ação, aos indígenas foi-lhes assegurado o direito à representação judicial e direta de seus interesses (CF, art. 232), bem como o respeito à sua organização social, crenças e tradições (CF, art. 231), de modo que poder-se-ia estar diante de um caso excepcional.

Ante essa sinalização, que consideramos positiva e necessária, é igualmente possível argumentar que o alargamento ou a revogação dos precedentes mais restritivos podem facultar que associações da sociedade civil dos mais diversos tipos e vieses ingressem como autoras em ações de controle abstrato de constitucionalidade, entre elas associações de viés conservador.

Com efeito, o argumento da ampliação do poder dos legitimados foi objeto de controvérsia entre os Ministros Nunes Marques e

Alexandre de Moraes. Este último, na ADPF 703, negou conhecer de ação abstrata da ANAJURE, porquanto a entidade não representava uma categoria empresarial ou profissional homogênea e por congregar pessoas vinculadas por convicções religiosas e intelectuais, mas não uma categoria profissional específica, conforme o estipulado pela jurisprudência do STF. Por outro lado, em liminar na ADPF 703, Nunes Marques reconheceu a legitimidade da ANAJURE com base na relação direta entre os objetivos da associação e a proteção da liberdade religiosa, que era, supostamente, foco da ação. Ele destacou, ademais, que, embora em casos anteriores a ANAJURE tenha sido considerada parte ilegítima, as circunstâncias do caso eram diferentes, justificando a distinção em relação ao caso relatado por Moraes. Além disso, Marques priorizou o princípio do acesso à justiça e a primazia do mérito, citando precedentes que favoreciam o reconhecimento da legitimidade de associações em situações similares.

A controvérsia parece demonstrar como entes da sociedade civil organizada estão interessados em, de forma legítima, pautar o STF com causas que sejam de seu interesse particular. Todavia, em razão da flutuação jurisprudencial nesse período de desenvolvimento e eventual consolidação de precedentes, outras estratégias jurídicas têm sido exploradas por essas entidades no sentido de assegurar sua participação ativa no processo de construção do sentido das normas constitucionais.

Os autores desta pesquisa demonstram, a partir do estudo de 8 ações julgadas no controle abstrato de constitucionalidade, como a atuação de grupos conservadores no STF, neste estudo com ênfase na Associação Nacional de Juristas Cristãos (ANAJURE), possui uma pauta prioritária de direitos atingidos, quais sejam, matérias de gênero e direitos sexuais e reprodutivos, bem como visam influenciar a interpretação constitucional nesse ponto específico através da participação como *amicus curiae* em ações judiciais, tendo em vista a sua falta de legitimidade para propor ações.

2 METODOLOGIA

A produção desta pesquisa dividiu-se em algumas etapas incrementais. Na primeira, construímos um banco de dados com um conjunto de variáveis para realizar uma análise sistemática das ações. São elas: "caso"; "tipo de ação"; "ano de julgamento"; "associação ou grupo"; "tipo de participação"; "pedidos"; "resposta da corte"; e "audiência pública". O mapeamento das ações disponíveis no *site* do Superior Tribunal Federal foi realizado no mês de outubro de 2023, utilizando palavras-chave que potencialmente nos levariam aos processos movidos por associações ou organizações jurídicas de caráter conservador, permitindo que fossem identificadas organizações, tais como a Associação de Juristas Evangélicos (ANAJURE) e Associação Escola Sem Partido. Após esta etapa, um conjunto reduzido desse material seria analisado de modo a identificar os investimentos temáticos prioritários e as estratégias de litigância que eventualmente se repetissem nestas ações.

Esperava-se, como hipótese, encontrar um conjunto de casos que fosse capaz de expor a construção de uma interpretação conservadora sobre os mais diversos direitos fundamentais, dos individuais clássicos, passando pelos sociais, tais como saúde e os trabalhistas, até pautas mais complexas, como a situação de pessoas encarceradas, em situação de rua e a pauta antirracista.

Dessa análise exploratória, entretanto, ficou evidente a maior atuação dos grupos conservadores em casos que versavam sobre questões como "gênero" e "liberdade religiosa". Diante da articulação do ativismo conservador, já citada acima, em torno de uma agenda antigênero e considerando a ausência relativa de pesquisas sobre conservadorismo no campo jurídico, optamos por analisar a atuação de associações conservadoras a partir de sua reação à agenda de igualdade de gênero, justiça sexual e reprodutiva.

Definido, portanto, o foco da pesquisa deu-se início à fase de coleta de dados que dão suporte à nossa pesquisa. A análise dos processos judiciais teve como foco ações propostas entre os anos de

2019-2022. Utilizamos as palavras-chave "gênero", "orientação sexual"; "educação sexual"; "ideologia de gênero"; e "sexo", pesquisadas no site do STF[7] em ações julgadas pelo Tribunal Pleno.

As ações foram avaliadas a partir de um livro de códigos, com as seguintes categorias: 1) caso; 2) tipo de ação; 3) ano de julgamento; 4) associação ou grupo; 5) tipo de participação; 6) pedido; 7) resposta da Corte; 8) audiência pública; 9) ementa e 10) relator.

Os resultados são apresentados e discutidos abaixo, após uma contextualização dos casos.

3 O CONSERVADORISMO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Os debates acadêmicos são mobilizados, em grande parte, pelos desafios políticos e sociais enfrentados pelo país em cada período histórico. Após a promulgação da Constituição de 1988, o foco estava na eficácia das normas constitucionais, na busca por consolidar a jovem democracia e estabelecer os alicerces do Estado de Direito. Na virada do milênio, o papel da Justiça Constitucional e a justiciabilidade dos direitos sociais dominaram as discussões. Contudo, nas últimas décadas, o debate foi transformado pelo que muitos estudiosos têm caracterizado como uma crise democrática ou crise constitucional. Essa crise tem sido acompanhada pela ascensão de uma nova vertente de conservadorismo constitucional, que se opõe ao que é tido como um ativismo judicial progressista e busca enraizar-se na prática jurídica e nas instituições.

O conservadorismo constitucionalista contemporâneo no Brasil é uma reação às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na última década, percebidas por alguns como excessivamente progressistas e em desacordo com uma leitura mais literal e fidedigna da Constituição. Decisões paradigmáticas, como a ADPF 54, que autorizou a antecipação do parto de fetos anencefálicos, e a ADI

7 Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search. Acesso em: out. 2023.

4277, que reconheceu direitos iguais às uniões homoafetivas, são vistas pelos conservadores como violações da intenção original dos constituintes de 1988, por exemplo. Nesse contexto, parece emergir uma corrente interpretativa que defende a ideia de que a Constituição deve ser entendida como um documento com significados fixos, não suscetíveis a mudanças de acordo com o contexto social ou político.

Essa corrente conservadora, fortemente influenciada pelas ideias do falecido juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Antonin Scalia, propõe que a interpretação constitucional deve ancorar-se no originalismo e no textualismo. O originalismo sustenta que o significado das disposições constitucionais deve ser buscado nas intenções dos constituintes, enquanto o textualismo defende que o foco da interpretação deve estar no texto, sem extrapolações para além do que está expresso. No Brasil, esses conceitos são defendidos como uma resposta ao que os conservadores chamam de "ativismo judicial" – um movimento que, segundo eles, extrapola os limites institucionais do Judiciário ao permitir que criem o direito.

A influência do conservadorismo constitucional no Brasil, contudo, ainda não atingiu seu pleno desenvolvimento no ambiente acadêmico. Figuras como Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Ives Gandra, no passado, buscaram consolidar uma tradição conservadora na interpretação constitucional, mas suas ideias foram progressivamente marginalizadas dentro da academia. Todavia, uma nova geração de constitucionalistas conservadores, inspirados em ambos os autores acima mencionados, têm lançado mão de uma multiplicidade de estratégias para exprimir suas perspectivas ideológicas, tendo em vista a pouca aderência acadêmica.

Entre essas estratégias, destaca-se a publicação de obras, muitas vezes traduzidas do inglês, que promovem o originalismo e o direito natural. Essas publicações têm sido veiculadas por editoras como a EDA, que se especializam em obras jurídicas conservadoras, incluindo títulos como *Suprema Desordem: Juristocracia e Estado de Exceção no Brasil* e *Guerra à Polícia*. Além da publicação de livros, esses constitucionalistas conservadores têm explorado, com sucesso, o

ambiente digital. A criação de canais no *YouTube*, perfis no *Instagram* e a oferta de cursos formativos em plataformas digitais que contam com milagres de seguidores tem permitido que suas ideias alcancem um público mais amplo, expandindo a influência do conservadorismo para além das esferas acadêmicas tradicionais. Em seu conteúdo, são discutidos temas como a crítica ao ativismo judicial, a degradação moral do ocidente em razão de sua perspectiva moderna secular, a defesa do originalismo e a promoção de uma leitura conservadora da Constituição. Essa movimentação de base se relaciona, diretamente, com a ascensão de forças políticas conservadoras no Brasil.

Apesar de sua franca expansão fora da academia, o conservadorismo constitucionalista tem buscado estender sua influência na prática judicial. As recentes nomeações de ministros ao STF pelo ex-presidente Jair Bolsonaro, como André Mendonça e Nunes Marques, sinalizam uma inclinação ideológica em direção ao conservadorismo. Esses ministros, embora ainda não tenham adotado explicitamente as premissas teóricas do originalismo ou do direito natural em suas decisões, têm demonstrado uma postura alinhada com o pragmatismo estratégico conservador, uma vez que eles aproveitam as falhas e incoerências interpretativas presentes na prática decisória da Corte para adiar ou minar decisões progressistas. Essas táticas envolvem o uso recorrente de pedidos de vistas prolongadas e a solicitação de destaques de julgamentos virtuais para o plenário físico, reiniciando as discussões do zero. Essas práticas contribuem para uma desaceleração das mudanças jurisprudenciais, permitindo que o projeto conservador ganhe tempo para consolidar-se.

Além das dinâmicas internas no STF, o conservadorismo constitucional também tem avançado no campo da litigância estratégica. Inspirados pela experiência de grupos conservadores nos Estados Unidos, como a Alliance Defending Freedom (ADF) entre outras associações e *think tanks* conservadores, esses atores têm começado a utilizar os tribunais como arenas para impor retrocesso em pautas progressistas, particularmente em questões relacionadas à identidade de gênero, direitos reprodutivos e liberdade religiosa.

Embora a atuação desses grupos ainda seja tímida no Brasil, o sucesso de suas estratégias nos Estados Unidos – exemplificado pelo recente caso Dobbs v. Jackson, que derrubou a decisão histórica de Roe v. Wade – tem fornecido um modelo passível de replicação.

4 MOBILIZAÇÃO JURÍDICA ANTIGÊNERO: PAUTAS DE INCIDÊNCIA E REPERTÓRIOS DE AÇÃO

No período analisado (2019-2022) foram encontradas 8 ações judiciais de controle abstrato de constitucionalidade, as quais incluem: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Ação Declaratório de Constitucionalidade (ADC), e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nosso mapeamento identificou 5 ADPFs, 2 ADIns e 1 ADO. 2020 foi o ano com maior número de participação de associações ou grupos jurídico-conservadores, correspondendo a 6 das 8 ações mapeadas.

Com base nas associações que participaram em ações referentes à matérias de gênero ou direitos sexuais e reprodutivos, é perceptível a maior participação da Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), presente em todas as ações levantadas. Em seguida, estão a Convenção das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas no Brasil (COBIM), a Associação Escola Sem Partido e a Convenção Batista Brasileira (CBB), participando, cada uma, em apenas uma ação.

Quanto aos investimentos temáticos dos direitos em disputa, identificamos 6 ações que tratam da constitucionalidade de leis municipais que proíbem o ensino de gênero e sexualidade nas escolas, são elas as ADPFs 460, 461, 465, 467, 600, dos Estados do Paraná, Tocantins, Minas Gerais e Alagoas, respectivamente; e a ADIn 5537 ajuizada contra Lei estadual do Estado de Alagoas, todas as ações sendo do ano de 2020. Outro tema identificado diz respeito à distribuição obrigatória de exemplares da bíblia nas escolas da rede estadual de ensino e nas bibliotecas públicas do Estado de Mato Grosso

do Sul, na ADIn 5256 de 2021. A última matéria mapeada se refere à criminalização da homofobia e transfobia na ADO 26 de 2019.

TABELA 1: Temas de incidência em matérias de gêneros

Processo judicial	Ano	Assunto	Grupo
ADO 26	2019	Criminalização de homofobia e transfobia	ANAJURE Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM)
ADPF 467	2020	Ensino de conteúdos sobre gênero e educação sexual nas escolas	ANAJURE
ADPF 461	2020	Ensino de conteúdos sobre gênero e educação sexual nas escolas	ANAJURE
ADPF 460	2020	Ensino de conteúdos sobre gênero e educação sexual nas escolas	ANAJURE
ADIn 5537	2020	Ensino de conteúdos sobre gênero e educação sexual nas escolas	Associação Escola Sem Partido ANAJURE
ADPF 465	2020	Ensino de conteúdos sobre gênero e educação sexual nas escolas	ANAJURE
ADPF 600	2020	Ensino de conteúdos sobre gênero e educação sexual nas escolas	ANAJURE
ADIn 5256	2021	Obrigatoriedade de bíblia em escolas e bibliotecas públicas	ANAJURE Convenção Batista Brasileira (CBB)

Fonte: Dados de pesquisa.

Como se observa, 2020 foi o ano com o maior número de participações na Corte. Em parte, isso se deve a oposição à chamada ideologia de gênero que se tornou agenda de governo durante a presidência de Jair Bolsonaro, o qual combinado a um ativismo institucional antigênero no Poder Executivo, realizado intensamente na figura da ex-ministra Damares Alves (Rezende, Elias, 2024), criou um contexto que pode ter favorecido, e até mesmo criado "janelas de oportunidade", o incentivo à uma mobilização legal antigênero articulando distintas performances de ação coletiva (Losekann, 2013).

A redução das investidas em matérias de gênero nos anos posteriores pode ser explicada por dois fatores. O primeiro, pela pandemia do Covid-19, uma vez que o mapeamento realizado por

nossa pesquisa verificou[8] a presença de associações como a ANAJURE, atuando como amicus *curiae*, em temas de liberdade religiosa, ligadas a vedação de realização de atividades religiosas de caráter coletivo, como nas ADPFs 811 e 703 de 2021. A segunda tem a ver com a consolidação da jurisprudência do STF sobre o tema, cujas decisões em ADPF exercem força vinculante sobre os legislativos estaduais e municipais, forçando o deslocamento do ativismo judicial desses atores para outros campos, ao menos temporariamente.

Já a prevalência de ADPFs, se justifica não por razões substanciais, mas formais. De acordo com Silva (2021), há situações nas quais a ADPF é a única escolha possível para deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade das leis perante o STF. A escolha por ela decorre de limitação imposta pela própria Constituição, a qual não inclui as leis municipais no escopo das outras ações de controle abstrato. Assim, leis municipais podem ter sua constitucionalidade questionada (Lei 9.882/1999), mas apenas se contrariarem preceito fundamental da Constituição. Esse último aspecto é relevante, uma vez que o escopo da arguição não é, necessariamente, a inconstitucionalidade formal do ato impugnado, que pode eventualmente ser compatível com a constituição, mas se a situação abstrata configurar uma violação a um preceito fundamental.

Em nossa pesquisa, as 6 ADPFs mapeadas foram ajuizadas em conjunto pela Procuradoria Geral da República, após considerar que estas leis, além de usurparem competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, ferem o direito constitucional à igualdade.

Em razão disso, o acesso possível destas associações ao STF tem sido via *amicus curiae*[9]. Esse instituto jurídico permite que, após adquirirem personalidade jurídica e se constituírem como associação civil, essas organizações se tornem habilitadas para representar seus interesses juridicamente. A própria lei da ADPF se refere

8 Banco de dados elaborado pelos autores.

9 O *amicus curiae* é um terceiro que ingressa no processo para fornecer subsídios ao órgão jurisdicional para o julgamento da causa.

genericamente a "interessados", enquanto na ADIn e ADC se exige que o relator considere a relevância entre a matéria e a representatividade dos postulantes.

No caso do controle abstrato, como são poucas as pessoas e as instituições que dele participam, a aceitação de contribuições de amigos da corte tem como objetivo tornar o debate mais plural. No entanto, na prática constitucional temos mais amigos de uma das partes interessadas do que amigos da corte (Dimoulis, 2017). Além disso, sob a premissa de que o *amicus* torna o tribunal em um "espaço democrático", a própria Corte o utiliza para dar legitimidade às decisões tomadas (Silva, 2021). Segundo a literatura constitucional, ainda que o impacto decisório das manifestações dos *amici curiae* sejam difíceis de avaliar, o Tribunal com frequência enfatiza o quão importante elas são porque "viabilizam", e tornam sua legitimidade perante a sociedade civil robustecida mediante a contribuição desses atores (Silva, 2021; Dimoulis, 2017). Nesse cenário, e diante da composição atual da Corte, questiona-se que tipo de decisões "legitimadas" podemos esperar de ações que contam com a intervenção de atores como a ANAJURE, sobretudo quando fica a critério do relator admitir organizações na qualidade de amigos da corte.

Nossos achados dialogam com pesquisas que demonstram a mobilização conservadora de segmentos religiosos em torno do Direito, a partir de uma perspectiva ideológica fundamentalista e neoliberal, usufruindo da estrutura judicial para exigir decisões de interesse para igrejas e/ou seus fiéis, notadamente no tocante a moralidades, e seu investimento em matérias conexas com o que interpreta como sendo "ideologia de gênero", contribuindo para uma agenda antigênero de caráter transnacional que constitui as bases ideológicas das chamadas *Novas Direitas* (Biroli, 2018; Cisne, 2021; Cunha, 2020; Marsicano, 2024; Rezende, 2024; Sales, 2018; Wohnrath, 2021).

Os dados indicam que se trata de tema contemporâneo, voltado à análise do contexto recente, marcada pela emergência de movimentos antigênero no Poder Judiciário, conforme demonstrado anteriormente. Diante disso, é preciso definir o que é ideologia de

gênero e, mais importante, por que o ativismo conservador se mobiliza ao redor dessa pauta. Kuhar e Patternote (2017, apud Rezende, 2021) definem "ideologia de gênero" como um discurso e uma estratégia política de caráter transnacional, que

> considera o gênero como a matriz ideológica de um conjunto de reformas éticas e sociais abomináveis, nomeadamente direitos sexuais e reprodutivos, casamento e adoção de/por pessoas do mesmo sexo, novas tecnologias reprodutivas, educação sexual, transversalidade de gênero, proteção contra a violência de gênero e outros.

Rezende e Sol (2021) argumentam, na esteira dos autores acima, que o termo operaria como um quadro interpretativo ou um significante vazio que permitiria a distintos atores, tais como políticos, membros de organizações religiosas, associações contra o aborto e defensoras da família tradicional, organizar uma reação às reformas mencionadas acima. Essa definição se aproxima do argumento de Rezende e Elias (2024), que afirmam que a categoria gênero é acionada como uma "cola simbólica" que tem assegurado uma conexão entre agendas políticas reacionárias e atores governamentais e não governamentais em diferentes níveis (local, nacional, transnacional), minando o pluralismo democrático. Ao mesmo tempo, o neoconservadorismo religioso, expressa em uma forte moralidade reguladora, ao atuar tanto como um discurso quanto como uma ação e um modelo de governança e cidadania, assim reafirmando uma concepção heteronormativa e patriarcal da ordem social e, muitas vezes, organizando-se sob a ideia de "família natural" para justificar uma agenda de retirada de direitos (Rezende, 2024).

Nesse sentido, o processo de ataque à uma pauta de gênero também visa a mudança dos significados dos direitos humanos, dos direitos das mulheres e da igualdade, favorecendo os direitos e as necessidades normativas das famílias. Por isso é importante a esses

atores apropriarem-se da linguagem e estrutura dos direitos humanos e da igualdade de gênero para legitimar suas políticas e ações, ao mesmo tempo em que corroem os próprios princípios que afirmam defender (Peto, 2015; Rezende, 2024). Essa reflexão dialoga com o conceito de "secularização estratégica" trazido por Vaggione (2010), em que os setores fundamentalistas se utilizam de uma retórica secular para ampliarem seus discursos, evitando tensões inter-religiosas através de um discurso ancorado na ciência, nos direitos humanos e suas plataformas internacionais, que permite esses grupos disputarem um espaço mais amplo com agentes seculares e Estados laicos (Cunha, 2020, apud Tostes, 2020). Assim, possibilitando que segmentos religiosos e não religiosos do campo conservador ocupem espaços institucionais de poder, como no caso do STF.

Segundo Losekann (2013) e Maciel (2011), esse giro ao Judiciário se justifica porque as normas legais também constrangem ou incentivam a ação estratégica dos atores, o que torna o direito um recurso estratégico de ação. Ademais, ainda de acordo com as autoras, temos que admitir o protagonismo conjuntural do Judiciário, sobretudo na figura do STF, na revisão de decisões tomadas pelos outros poderes. Este fator contribui para gerar disputa entre as elites no poder e também fomenta a percepção da sociedade civil de que é possível reverter uma decisão já tomada pelo poder público, entrando com uma ação judicial. É nessa perspectiva que associações do ativismo conservador têm participado e ganhado um certo peso nos processos de tomada de decisão, quando percebem que há viabilidade de não apenas deslocar suas pautas a uma escala nacional, como também deslocar suas ações entre "as aberturas" oferecidas pelas distintas ordens dos poderes, em nosso caso a possibilidade de influenciar uma decisão da Suprema Corte (Losekann, 2013). É dessa forma que se combinam formas de cooperação, quando atores desse contramovimento se tornam "amigos da corte", e de confronto, quando na verdade usam o léxico dos direitos e dos direitos humanos como um recurso argumentativo em favor de um processo de fragilização dos fundamentos democráticos

e da própria democracia, o que torna o acesso à Corte uma forma de repertório de ação coletiva desses grupos.

Nesse contexto, o Judiciário tem se revelado um lugar prioritário para mobilização dessas agendas, além dos caminhos tradicionais no Executivo e no Legislativo, bem como o *amicus curiae* é o mecanismo jurídico que permite que a certos grupos seja franqueada a possibilidade de competir pela interpretação constitucional diretamente onde ela ocorre de maneira oficial, uma vez que passaram a ser ouvidos pelos servidores públicos legitimados para realizar essa tarefa, inclusive a mera admissão à participação do debate na Corte significa prestígio e reconhecimento público para as associações admitidas (Wohnrath, 2021). A abundante literatura constitucional sobre esse dispositivo deixa claro que ele está sendo utilizado por grupos de interesse que aspiram se fazer ouvir pelo Supremo, e que, na prática, podem fornecer informações aproveitadas pelos magistrados, é nessa "janela de oportunidade" que a ANAJURE recorre ao STF, e aos ministros tem sido franqueado a abri-la.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo se propôs a identificar os investimentos prioritários de direitos atingidos por grupos conservadores no STF em ações de controle de constitucionalidade. Foram encontradas 8 ações ligadas a matérias de gênero e direitos sexuais e reprodutivos no período de 2019-2022. A maioria dessas ações se concentra em arguições de descumprimento de preceito fundamental notadamente em matérias conexas com o que ativismo conservador interpreta como sendo "ideologia de gênero", notadamente em temas acerca do ensino de conteúdo sobre gênero e orientação sexual nas escolas. Essa visualização focada nestas matérias não corresponde a complexidade da presença do ativismo conservador no Poder Judiciário, suas pautas de concentração e articulação, como mostram Marsicano (2024), Rezende (2024), Vaggione (2010) e Wonhrath (2021), pois a atuação

desses movimentos é heterogênea e não se limita a questões de gênero, abrangendo também direitos ligados à liberdade religiosa.

A disputa em torno da ideologia de gênero ajuda a demonstrar as relações entre atores, arenas e formas de atuação, além de lançar luz sobre diferentes repertórios de ação utilizados por tais movimentos no âmbito jurídico em distintos períodos. Esta constatação revela a influência desses grupos na fragilização de princípios fundamentais dos direitos humanos, especialmente os das mulheres e minorias sexuais, operando como grupos de pressão que competem pela interpretação constitucional diretamente onde ela ocorre de maneira oficial e, consequentemente, contribuindo no processo que deteriora as democracias desde seu próprio interior. As estratégias demonstradas envolvem a articulação de instrumentos jurídicos existentes e a articulação da ação entre atores do ativismo conservador, que se apropriam de mecanismos constitucionais, e reforçam as ações de seus movimentos criando ciclos que viabilizam mudanças.

Nossa pesquisa compreende o papel que o gênero possui nas mobilizações contra as políticas de igualdade de gênero, direitos das pessoas LGBTQIA+ e os direitos reprodutivos. Compreendemos que a coleta de dados e a elaboração de hipóteses primárias, é fundamental para sistematizar e identificar estratégias nacionais e transnacionais deste associativismo jurídico que visa restringir direitos de minorias. Futuramente, pretendemos aprofundar as estratégias assumidas por juristas conservadores e os direitos judicializados, relacionando a forma processual, os argumentos jurídicos e o léxico político.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAJURE, Associação Nacional de Juristas Evangélicos. 2024. "**Institucional**". Disponível em: https://anajure.org.br/quem-somos/#. Acesso em: abr. 2024.

BIROLI, Flávia. Reação conservadora, democracia e conhecimento. **Rev. antropol**, v. 61, n. 1, pp. 83-94, USP. 2018. Disponível em: https://revistas.usp.br/ra/article/view/145515. Acesso em: dez. 2023.

CISNE, Mirla; MANO, M. K.; OLIVEIRA, G.G.J.C. Educação em Tempos de Escola "Sem Partido" - "a que se destina?": uma análise sociojurídica-feminista. **Inter-Ação**, Goiânia, v.43, n.3, pp. 632-647, set./dez. 2018. Disponível em: https://openurl.ebsco.com/EPDB%3Agcd%3A12%3A7303724/detailv2?sid=ebsco%3Aplink%3Ascholar&id=ebsco%3Agcd%3A135437084&crl. Acesso em: dez. 2023.

CUNHA, Magali do Nascimento. **Fundamentalismos, crise da democracia e ameaça aos direitos humanos na América do Sul: tendências e desafios para a ação**. Salvador, Bahia: Presença Ecumênica e Serviço. 2020. Disponível em: https://kn.org.br/wp-content/uploads/2020/10/FundamentalismosPT-1.pdf . Acesso em fev. 2024.

LOSEKANN, Cristiana. Mobilização do Direito como Repertório de Ação Coletiva e Crítica Institucional no Campo Ambiental Brasileiro. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 56, no 2, 2013, pp. 311 a 349. Disponível em: https://www.scielo.br/j/dados/a/VkN6nHGLRsrZdzq74mWZCqx/. Acesso em: nov 2023.

MACIEL, Débora Alves.Ação Coletiva, Mobilização do Direito e Instituições Políticas: O Caso da Campanha da Lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 26, no 77. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/Z84f7xxRqZyFkNZ7JQXRWRJ/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: out. 2023.

MARSICANO, Ana Carolina de Oliveira. **Cartografia dos catolicismos jurídicos antigênero**. Rio de Janeiro, RJ: Instituto de Estudos da Religião. 2024. Disponível em: https://iser.org.br/publicacao/cartografia-dos-catolicismos-juridicos-antigenero/. Acesso em: mai. 2024.

PETO, Andrea. Anti-gender Mobilisational Discourse of Conservative and Far Right Parties as a Challenge to Progressive Politics. In E. Kováts, & M. Põim (Eds.), **Gender as Symbolic Glue: The Position and Role of Conservative and Far Right Parties in the Anti-Gender Mobilisationymbolic in Europe.** russels: Foundation for European Progressive Studies (FEPS). 2015. Disponível em: < https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/71905/ssoar-2015-peto--Anti-gender_Mobilisational_Discourse_of_Conservative.pdf?sequence=3&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2015-peto-Anti-gender_Mobilisational_Discourse_of_Conservative.pdf. Acesso em: nov. 2023.

REZENDE, Daniela; SOL, Aruana. "Ideologia de gênero" na produção acadêmica brasileira recente. **Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais - UFJF**, v. 16, n. 2. 2021. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/TeoriaeCultura/article/view/33927. Acesso em: dez. 2023.

REZENDE, Daniela; ELIAS, M.L.G. Ideologia de gênero e crise da democracia na América Latina em debates legislativos no Brasil e no Uruguai. **Rev. Brasileira de Ciências Políticas**. v.43, pp. 1-32. 2024. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/CY6hTFTY9RdsTbZgVgbC98g/abstract/?lang=pt. Acesso em: ago. 2024.

TOSTES, Angelica; CORAZZA, D. Fundamentalismos, crise da democracia e ameaça aos direitos humanos na América do Sul: tendências e desafos para a ação (Magali Cunha). **Revistas de Estudos do Sul Global**, v. 1 n. 1: A atualidade do imperialismo e a luta de libertação dos povos. 2021. Disponível em: https://resg.thetricontinental.org/index.php/resg/article/view/13. Acesso em: abr. 2024.

VAGGIONE, Juan Marco. El fundamentalismo religioso en latinoamerica: La mirada delos/as activistas por los derechos sexuales y reproductivos. *In:* VAGGIONE, Juan Marco. **El activismo conservador en Latinoamérica**. Córdoba, 2010.

WOHNRATH, Vinicius. Católicos e Evangélicos na Suprema Corte Brasileira. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 43, no. 1, pp. 209-234. 2023. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rs/a/Dm4xQzYmxyS-ffnrMjM7tB8J/. Acesso em: set. 2023.

PROTOCOLOS PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: MÉTODO DE CONTRAPEDAGOGIA DA CRUELDADE NO ACESSO À JURISDIÇÃO DE MULHERES TRANS

PROTOCOLS FOR GENDER-SENSITIVE JUDGING: A COUNTER-PEDAGOGY METHOD FOR ADDRESSING CRUELTY IN ACCESS TO JUSTICE FOR TRANS WOMEN

Anna Lídia Di Nápoli Andrade e Braga [10]

Gabriela Oliveira Freitas [11]

Renata Apolinário de Castro Lima [12]

10 Doutoranda em Direito Eleitoral, Direito Constitucional e Hermenêutica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) (2024-2028). Mestra em Direito Público, com ênfase em Representatividade Feminina na esfera legislativa federal pelo Programa de Pós-Graduação Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC (2021-2023). Tradutora de Artigos Acadêmicos para o inglês, francês e espanhol, desde 2021. Integrante do grupo de estudos sobre Direito de Gênero. Certificação como estagiária em Direitos Humanos na Organização dos Estados Americanos (OEA) em Washington/DC nos Estados Unidos (2017). Especialista pelo Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Internacional e Estudos Diplomáticos (2016-2017). Email: annalidia@ufmg.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3002607907594916.

11 Pós-Doutoranda em Direito na Universidade de Bologna - ALMA MATER STUDIORUM. Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas. Professora de Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Professora de disciplinas de Direito Processual em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Coordenadora-Adjunta e Pesquisadora do IMDP - Instituto Mineiro de Direito Processual. Editora Chefe das Revistas Cadernos Jurídicos do IMDP e Revista Jurídica IMDP. Diretora Institucional e de Comunicação do INPEJ - Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Membro da ABEP - Associação Elas no Processo. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Email: profgabrielafreitas@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4971454368506778

12 Doutoranda em Administração-estratégia em organizações e comportamento do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade FUMEC. Mestre em Direito, aprovada com distinção pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade FUMEC. Professora Universitária do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Belo Horizonte - Unidade Antônio Carlos. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela FADIVALE: Faculdade de Direito Vale do Rio Doce. Advogada Sócia Proprietária no Escritório de Advocacia Souza Lima Apolinário Sociedade de Advogados Membro da Comissão de Direito Penal e Execução Penal da 43 Subseção da OAB/MG, no triênio 2022/2024. Membro da Comissão de Educação Jurídica

Resumo: O estudo aborda a relevância dos Protocolos para Julgamento com Perspectiva de Gênero como uma resposta à perpetuação de estereótipos e discriminação no Judiciário, com foco em mulheres trans. O objetivo é analisar práticas processuais que configuram violência de gênero e se esses protocolos, instituídos no Brasil em 2022, funcionam como uma forma de "Contrapedagogia da Crueldade", a partir das lições de Rita Segato, visando desconstruir estruturas de poder que reforçam a violência. A pesquisa explora o conceito de gênero e desigualdade, propondo que a adoção de julgamentos com perspectiva de gênero é fundamental para garantir o acesso equitativo à jurisdição. O protocolo é visto como um instrumento que pode desafiar a violência institucionalizada, promovendo uma atuação jurisdicional mais inclusiva e sensível às questões de gênero, contribuindo para a equidade de gênero e o combate à violência.

Palavras-chave: Igualdade de Gênero; Perspectiva de Gênero; Acesso à Jurisdição; Contrapedagogia da Crueldade.

Abstract: The study addresses the relevance of Gender-Sensitive Judgment Protocols as a response to the perpetuation of stereotypes and discrimination in the judiciary, with a focus on trans women. The objective is to analyze procedural practices that constitute gender-based violence and whether these protocols, established in Brazil in 2022, function as a form of "Counter-Pedagogy of Cruelty," drawing on the lessons of Rita Segato, aimed at deconstructing power structures that reinforce violence. The research explores the concept of gender and inequality, proposing that adopting gender-sensitive judgments is essential to ensuring equitable access to justice. The protocol is seen as a tool that can challenge institutionalized violence, promoting a more inclusive judicial approach that is sensitive to gender issues, contributing to gender equity and combating violence.

Keywords: Gender Equality; Gender Perspective; Access to Jurisdiction; Counter-Pedagogy of Cruelty.

---

da OAB/MG - Seção de Minas Gerais, no triênio 2022/2024. Email: renataapolinario@uol.com.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6605850304740253

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual deve ser compreendido como metodologia de garantia dos direitos fundamentais, jamais como espaço de reprodução de atos discriminatórios, capazes de reforçar a desigualdade social e as relações de hierarquia. Portanto, deve concretizar um papel de não repetição de estereótipos e não perpetuação de diferenças, constituindo-se em técnica de rompimento com culturas de discriminação e preconceitos.

O acesso de grupos minoritários à jurisdição é limitado em razão da exclusão social, expressa em dispositivos, formais ou informais, que definem normas processuais aparentemente neutras. Tal constatação incide em maior grau sobre as mulheres trans, destinatárias de discriminações, preconceitos e violência, inclusive quando partes em procedimentos judiciais.

O objeto desta pesquisa consiste em identificar práticas processuais que configuram violência de gênero, especialmente para mulheres trans, a fim de analisar se a instituição de Protocolos para Julgamento com Perspectiva de Gênero é método eficaz para combater essa violência.

Empresta-se dos estudos de Rita Segato, como marco teórico, o conceito de Contrapedagogia da Crueldade, compreendido como o desenvolvimento de estratégias pedagógicas para desafiar e desconstruir as estruturas de poder que perpetuam a violência. A partir desse conceito, propõe-se a hipótese de que a instituição de Protocolos para Julgamento com Perspectiva de Gênero, a exemplo do adotado no Brasil em 2022, refletem uma tentativa concreta de aplicar a Contrapedagogia da Crueldade no âmbito processual, para possibilitar a reconstrução da estrutura jurisdicional que, apesar de se pretender democrática, ainda perpetua a violência de gênero. Sugere-se que o modelo coercitivo como constructo cis-tema sexo-gênero tem sido endossado pelas práticas tradicionais do Judiciário, o que estaria diretamente relacionado à expectativa de vida de uma mulher transexual, sem recorte racial, de 35 anos.

Tem-se como objetivo geral da pesquisa a análise dos Protocolos para Julgamento com Perspectiva de Gênero, pela análise crítica da Contrapedagogia da Crueldade. Como objetivos específicos, pretende-se analisar as práticas processuais que configuram violência de gênero, demonstrar que o Judiciário se estrutura pela desigualdade de gênero e quais os impactos dessa estrutura no acesso à jurisdição dos grupos minoritários, com foco nas mulheres trans. Também se pretende contribuir para o desenvolvimento de políticas de igualdade de gênero efetivas.

Trata-se de temática de grande relevância, uma vez que a impostergável busca pela igualdade de gênero, um dos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU, depende do combate à violência de gênero. Portanto, o estudo da questão proposta é fundamental no aprimoramento das abordagens jurídicas relacionadas à violência de gênero no âmbito processual.

Para o presente estudo, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, adotando, como procedimento técnico, a análise temática, teórica e interpretativa.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria nº 492, de 17 de março de 2023, instituiu o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, resultado do Grupo de Trabalho, instituído por meio da Portaria nº 27, de 02 de fevereiro de 2021.

O referido protocolo, que representa importante avanço na promoção da igualdade de gênero, consiste em diretrizes para a condução do procedimento judicial e para a construção dos provimentos jurisdicionais, de modo que a atuação jurisdicional não perpetue os estereótipos e a violência de gênero. Além disso, o documento tem o objetivo de "orientar a magistratura no julgamento de casos concretos, de modo que magistradas e magistrados julguem

sob a lente de gênero, avançando na efetivação da igualdade e nas políticas de equidade" (CNJ, 2022, p. 14).

Nesse sentido:

> O documento parece abrir um novo horizonte para o enfrentamento da violência de gênero por vislumbrar a possibilidade de julgamentos ou concessão de medidas judiciais mais consentâneas à realidade das pessoas subjugadas por questões de gênero, sexualidade e raça. Mas não apenas isso, parece abrir um caminho para questionar teses e práticas sexistas no processo pelos diversos atores judiciais, indicando ser um meio para o combate à violência de gênero também no âmbito institucional (Cirino, Feliciano, 2023, p. 249).

Tendo em vista a estrutura social ancorada em critérios de desigualdade, notadamente quanto à desigualdade de gênero, os padrões discriminatórios têm sido reproduzidos nos pronunciamentos judiciais. Assim, o espaço procedimental que deveria servir para a garantia de direitos fundamentais transforma-se no espaço de perpetuação da violência.

Isso ocorre porque os profissionais do direito, ao não considerarem a perspectiva de gênero em suas decisões, acabam por reproduzir estereótipos e preconceitos que prejudicam as mulheres e reforçam as desigualdades existentes na sociedade, perpetuando um "*status quo* arraigado no imaginário coletivo, inclusive dos magistrados e servidores públicos" (Ferraz, Costa, 2023, p. 119).

Diante disso, o Protocolo tem, inicialmente, o objetivo de denunciar essa violência institucionalizada, destacando a necessidade de se romper com uma cultura de preconceitos. Se é necessário romper essa cultura é justamente porque ela está impregnada nas estruturas judiciais.

O texto é iniciado com a apresentação de conceitos imprescindíveis para o reconhecimento do problema da desigualdade

de gênero: gênero, sexo, identidade de gênero e sexualidade. Em seguida, dedica-se a esclarecer o que se entende por desigualdade e violência de gênero, destacando a assimetria de poder que ocasiona a violência e a diversidade de formas com que essa violência se concretiza. Assim consta do Protocolo:

> A desigualdade é fruto da existência de hierarquias sociais estruturais, que moldam desde a forma como enxergamos membros de grupos, os papeis a eles atribuídos e relações interpessoais, até práticas institucionais e o direito. É muito importante ter em mente que não existe uma desigualdade de gênero única e universal. Isso porque as experiências de desigualdade são constituídas por inúmeros marcadores sociais que se interseccionam, como raça e classe, por exemplo. Ou seja, a multiplicidade de opressões opera em diferentes graus e formas sobre as pessoas (CNJ, 2021, p. 24).

Na sequência, o Protocolo apresenta-se como manual, estabelecendo um "passo a passo" para que os magistrados e magistradas conduzam o procedimento a partir de uma perspectiva de gênero. Embora não tenha pretensão de ser uma "fórmula pronta e universal", ele sugere algumas sugestões para que se enfrente o grave problema da desigualdade que contamina, não só os provimentos jurisdicionais e suas fundamentações, mas também a gestão do procedimento.

Tais sugestões envolvem todo o curso do procedimento, desde seu início com a identificação do contexto conflituoso, momento em que é necessário "questionar se as assimetrias de gênero, sempre em perspectiva interseccional, estão presentes no conflito apresentado" (CNJ, 2022, p. 44), até o momento da construção do provimento jurisdicional.

Ao longo de suas 132 páginas, o Protocolo propõe questionamentos multifacetados que devem permear a condução do

procedimento, exemplificando situações em que a desigualdade de gênero poderia prejudicar o exercício do efeito contraditório, como: a falta de acesso das mulheres às informações relevantes, a descrença na palavra das vítimas de violência de gênero, bem como a perpetuação de estereótipos, que influenciam a percepção dos juízes sobre a credibilidade e a capacidade das mulheres em diferentes contextos jurídicos. Esses questionamentos visam conscientizar os operadores do direito sobre a importância de considerar a perspectiva de gênero em suas decisões, a fim de garantir um julgamento isonômico para todas as partes envolvidas.

3 PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO CONTRAPEDAGOGIA DA CRUELDADE

A violência de gênero, calcada na reprodução de estereótipos, que permeia não só a atividade jurisdicional, mas toda a sociedade contemporânea, é analisada pela antropóloga argentina Rita Laura Segato, a partir do que ela denomina como Pedagogia da Crueldade.

A autora argumenta que a sociedade, por meio de suas instituições e de suas relações de poder, perpetua uma espécie de "pedagogia da crueldade", que normaliza e que legitima a violência, especialmente contra corpos dissidentes e marginalizados.

Com clara inspiração nos estudos de Paulo Freire, a utilização da expressão pedagogia se dá justamente por defender a autora que as pessoas são ensinadas, habituadas e programadas a adotar atos de violência, que implicam em uma morte, que não deixa defuntos, mas resíduos. (Segato, 2018, p. 4). A pedagogia, nesse contexto, é compreendida como conjunto de métodos, os quais asseguram a adaptação recíproca do conteúdo informativo aos indivíduos que se deseja formar.

Defende que a sociedade atual, forjada em bases colonialista, patriarcal e capitalista, se estruturou a partir de técnicas de ensinamento e de aprendizado que a conduziram a se acostumar

ao espetáculo da crueldade de expropriação da vida (Segato, 2018, p. 5). Para Segato, todos os atos e práticas que ensinam, habituam e programam os sujeitos, a fim de transmutar o que é vivo e o que lhe é vital em coisas, constituem tais pedagogias.

Ainda apresenta a questão de gênero como fator relevante para essa estrutura social:

> *La masculinidad está más disponible para la crueldad porque la socialización y entrenamiento para la vida del sujeto que deberá cargar el fardo de la masculinidad lo obliga a desarrollar una afinidad significativa en una escala de tempo de gran profundidad histórica entre masculinidad y guerra, entre masculinidad y crueldad, entre masculinidad y distanciamiento, entre masculinidad y baja empatía* (Segato, 2018, p. 6)[13].

Segato argumenta que a violência de gênero é algo ensinado na sociedade, afirmando não ser o patriarcado decorrente de alguma ordem natural, até porque, se assim fosse, sequer dependeria da construção de narrativas para defender seus fundamentos (Segato, 2018, p. 45).

A noção de pedagogia da crueldade descreve como atos de violência - com atenção àqueles perpetrados contra mulheres e contra grupos marginalizados - são usados como ferramentas para ensinar e para reforçar a obediência e o medo. Esses atos não são meramente crimes isolados, mas parte de uma estratégia que comunica e perpetua normas sociais de dominação e de submissão, especialmente nas dinâmicas de gênero e de poder. Segato argumenta que tais práticas são integradas nas estruturas sociais, políticas e econômicas,

13 Tradução livre: "A masculinidade está mais disponível para a crueldade porque a socialização e o treinamento para a vida do sujeito, que deverá carregar o fardo da masculinidade, o obrigam a desenvolver uma afinidade significativa, em uma escala temporal de grande profundidade histórica, entre masculinidade e guerra, entre masculinidade e crueldade, entre masculinidade e distanciamento, entre masculinidade e baixa empatia."

transmitindo mensagem clara sobre as consequências de desafiar a ordem estabelecida.

Essa pedagogia, segundo Segato, é um processo pelo qual se ensina a insensibilidade e a naturalização da violência. Os agressores não apenas exercem a violência, mas aprendem e ensinam a utilizá-la como um meio legítimo de afirmar poder e controle sobre os outros. Este processo ocorre tanto em níveis individuais quanto em níveis coletivos, permeando instituições sociais, jurídicas e culturais.

Segato argumenta que, em muitas culturas, a violência, especialmente a violência de gênero, não é apenas ato isolado, mas prática pedagógica reiterada, que ensina a submissão e a inferioridade dos corpos femininos e dissidentes. Ela observa que essa pedagogia é sistemática e estrutural, ferramenta estabelecida a fim de manter hierarquias de gênero, raça e classe.

Diante disso, se essa crueldade faz parte de uma pedagogia, torna-se possível desenvolver técnicas de educação social que permitam combatê-la. E, assim, propõe a necessidade de desenvolver contrapedagogias capazes de resgatar uma sensibilidade que possa se opor às opressões nas estruturas de poder burocráticas, como contraponto aos elementos distintivos da ordem patriarcal. Outrossim, a autora afirma que o caminho seria estruturado por desobediências possíveis, capazes de provocar erosões nas estruturas patriarcais, sendo, por isso, inevitável atingir a ordem burocrática (Segato, 2018, p. 62).

A contrapedagogia da crueldade surge como resposta crítica à violência sistematizada. Segato propõe abordagem que desconstrua e que resista às práticas de crueldade. Esse método inclui sensibilizar sujeitos acerca da realidade vivida pelos indivíduos marginalizados, criticar as estruturas de poder que perpetuam a violência e promover a cultura de empatia e de alteridade.

Em linhas gerais, a Contrapedagogia da Crueldade é um conjunto de práticas e discursos que buscam interromper e desconstruir os mecanismos de violência e de opressão, enfrentando as tradicionais

técnicas de naturalização da violência, reconhecidas como ferramentas de controle e de dominação.

Dentro desse conjunto de práticas, encontra-se a necessidade de transformar as instituições sociais, políticas e jurídicas, motivo pelo qual se defende, na presente pesquisa, que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero é uma espécie dessa contrapedagogia da crueldade.

Referido protocolo pode atuar como uma forma de resistência a essa pedagogia perversa. Ao invés de perpetuar a crueldade, determina-se que a atividade jurisdicional tem o potencial de promover uma contrapedagogia da empatia e do respeito, subvertendo as dinâmicas de poder que mantêm a violência de gênero.

4 A PERSPECTIVA DE GÊNERO E O ACESSO À JURISDIÇÃO DE PESSOAS TRANS

A partir da instituição do Estado Democrático de Direito, como matriz disciplinar, torna-se necessária uma revisitação da noção de processo e dos institutos processuais, dentre os quais se destaca, no presente estudo, o acesso à jurisdição.

Apesar de se tratar de garantia que conta, inclusive, com expressa previsão em âmbito internacional, pretende-se demonstrar que o conceito democrático de acesso à jurisdição ainda não foi devidamente apreendido, sendo muitas vezes confundido com mero direito de acesso ao Judiciário. Essa ficção jurídica encontra consideráveis óbices em razão da desigualdade de gênero, transformando os procedimentos judiciais em verdadeiras portas de Kafka, que parecem estar abertas, mas são inacessíveis:

> Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta

> se então não pode entrar mais tarde. "É possível", diz o porteiro, "mas agora não". Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro se põe de lado, o homem se inclina para o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: "Se o atrai tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem mais porteiros, cada um mais poderoso que o outro." O camponês não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele (Kafka, 1997).

Adota-se como ponto de partida a pesquisa capitaneada por Bryan Garth, denominada "*Access to Justice: a new global survey*", empreendida como continuidade do Projeto Florença de Acesso à Justiça, cujo texto aponta a igualdade de gênero como a sétima onda renovatória de acesso à justiça. Além disso, vale destacar a Recomendação nº 33 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), editada em 2015, em que se reconhece que o contexto estrutural de discriminação e de desigualdade perpetua a falha em assegurar os que mecanismos judiciais sejam acessíveis, em seus planos físicos, econômicos, sociais e culturais, a todas as mulheres.

O acesso à jurisdição constitui elemento fundamental para a concretização da democracia, sendo imprescindível, para tanto, que se promovam medidas estruturais na sociedade direcionadas à promoção da igualdade de gênero, uma vez que o efetivo acesso somente ocorre quando se considera, respeita e promove "a igualdade de todas as formas de vivência do gênero" (Costa, Santos, Pilate, 2022, p. 38). Outrossim, faz-se igualmente relevante a instituição de protocolos para julgamento com perspectiva de gênero, já que "o direito ainda é um local onde se perpetuam a violência de gênero, de identidade de gênero e de orientação sexual" (Gomes, York, Colling, 2022, p. 1.116).

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, analisado pelo viés da contrapedagogia da crueldade, permite conduzir o Judiciário na adoção de condutas que permitam visibilizar as especificidades da violência contra mulheres, com destaque a mulheres trans, reconhecendo que essa violência possui características próprias, relacionadas à interseccionalidade de gênero, raça, classe e orientação sexual. Também permite que os provimentos jurisdicionais tenham como objetivo combater os estereótipos e preconceitos que associam as mulheres trans à violência, à criminalidade, à marginalização social.

Tal protocolo orienta as pessoas que exercem a magistratura e demais pessoas operadoras do Direito a adotar uma postura sensível às questões de gênero, reconhecendo as especificidades de grupos como as pessoas trans, inclusive quanto às experiências específicas de opressão enfrentadas por pessoas trans, especialmente no que diz respeito à violência, discriminação e exclusão social.

A respeito do conceito de interseccionalidade, pode-se afirmar que mulheres negras, indígenas, pobres, LGBTQIA+, minorias étnicas e religiosas dificilmente conseguem desfrutar dos benefícios da cidadania plena, de modo que a privação de direito dessas minorias está associada a sistemas múltiplos de subordinação, as interseccionalidades. Por isso, conceituar esse problema é crucial para analisar as consequências estruturais e dinâmicas que desencorajam, que desmoralizam e que segregam mulheres interseccionadas do gozo daquilo que lhe é constitucionalmente garantido: o acesso à jurisdição.

No contexto específico de mulheres trans, a contrapedagogia da crueldade se manifesta na forma de violência extrema, de discriminação e de exclusão, a quais, frequentemente, são justificadas e normalizadas, por meio de narrativas retrógradas, inseridas no constructo social vigente, que desumanizam e marginalizam essas pessoas. A sociedade, forjada em moldes anacrônicos patriarcais, ensina que corpos, que não conformam aos padrões cisnormativos e heteronormativos, podem ser alvos legítimos de violência,

perpetuando assim o ciclo de crueldade, que, paradoxalmente, pode ser tanto reprimido quanto incentivado.

Assim, "ao se ajuizar ação que tem por objetivo concretizar a sua dignidade e reafirmar o seu direito a não ser discriminada em razão da identidade de gênero, a parte interessada atravessa experiências desgastantes e constrangedoras" (Souza, Silva, 2017, p. 252).

O preconceito social e institucional frequentemente se manifesta nos procedimentos judiciais por meio de estigmatização, linguagem desrespeitosa e decisões que reproduzem estereótipos, o que contribui para que as pessoas trans sejam tratadas de forma discriminatória ou desrespeitosa. Diante disso, o estigma social que circunda a transexualidade cria uma barreira estrutural ao acesso efetivo à jurisdição.

Embora existam significativas e relevantes pronunciamentos judiciais referentes à população trans, o Judiciário ainda se encontra absorto na perpetuação de estereótipos de gênero. Nesse sentido:

> Existe uma ambiguidade no tratamento dos direitos LGBTI pelo Poder Judiciário. No plano geral, das ações constitucionais de eficácia erga omnes,ele é progressista; no plano das ações individuais, ele tende a espoliar os direitos daqueles que não performatizam o seu gênero de forma binária e cisnormativa. Isso demonstra que a proximidade do membro do sistema de justiça com o corpo transexual é um fato que altera a forma como ele/a interpreta e aplica direitos, e isso precisa ser levado em conta [...] (Gomes, York, Colling, 2022, p. 1.128).

O acesso à jurisdição de pessoas trans não se limita a garantir-lhes o direito formal de acionar o Judiciário; é necessário que esse direito seja exercido em condições de igualdade e respeito. Assim sendo, cabe ao Judiciário não apenas reconhecer, mas também combater os preconceitos e os estereótipos de gênero que podem influenciar as decisões judiciais. Essa postura pode assegurar a participação das

mulheres trans nos procedimentos, o que é capaz de garantir o acesso à jurisdição.

5 CONCLUSÃO

O conceito de contrapedagogia da crueldade, desenvolvido por Rita Segato, permite análise do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, como método de ensino e de aprendizagem capaz de enfrentar a estrutura patriarcal do sistema judiciário.

Ao incorporar os princípios da Contrapedagogia da Crueldade, o referido Protocolo pode contribuir significativamente para analisar as violências sofridas por mulheres trans e para pensar em estratégias de resistência e de transformação social. Faz-se, nesse sentido, imprescindível que políticas interseccionais sejam consideradas na análise da complexidade social e das consequências das sobreposições de marcadores sociais.

A contrapedagogia da crueldade envolve, portanto, a transformação das práticas judiciais e sociais para que elas não apenas deixem de perpetuar a violência contra grupos vulneráveis, mas também promovam ativamente o reconhecimento e a proteção de seus direitos. No caso de mulheres trans, isso significa reconhecer seu direito pleno de cidadania, valorizando as especificidades de sua realidade e garantindo o direito à dignidade.

É necessário garantir que os atos processuais e as decisões judiciais não reproduzam ou legitimem a violência institucional. Isso implica, por exemplo, o uso adequado do nome e pronome que respeitem a identidade de gênero da pessoa, bem como a compreensão das peculiaridades das situações vividas pelas pessoas trans, que muitas vezes sofrem violência múltipla e interseccional – seja de gênero, raça, classe ou orientação sexual. Essa abordagem é essencial para garantir que o Judiciário funcione como um espaço de proteção de direitos, e não como mais um local de exclusão e violência.

Por isso, esse trabalho defende ser crucial o fortalecimento de mecanismos que garantam não só acesso jurisdicional, sem entraves e preconceitos, mas também julgamento adequado, imparcial, digno de qualquer ser humano. Dessa forma, a sociedade poderá aproximar-se, a passos largos, do ideal democrático neste Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Portaria nº 27. **Institui Grupo de Trabalho para colaborar com a implementação das Políticas Nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ nº 254/2020 e nº 255/2020, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário.** Atos CNJ: 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3714. Acesso em: 08 de fev. de 2024.

BRASIL**. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça**. —Brasília: Conselho Nacional de Justiça –CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados—Enfam, 2021. Disponível em: http://www.cnj.jus.br. Acesso em: 08 de fev. de 2024.

BRASIL. Recomendação nº 102. **Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário a adoção do protocolo integrado de prevenção e medidas de segurança voltado ao enfrentamento à violência doméstica praticada em face de magistradas e servidoras**. Atos CNJ:2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4068. Acesso em: 08 de fev. de 2024.

BRASIL. Recomendação nº 128. **Recomenda a adoção do "Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero" no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.** CNJ: 2022. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original18063702202176 20e8ead8fae2.pdf. Acesso em 08 de fev. de 2024.

BRASIL. Resolução nº 254.**Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências**. Atos CNJ: 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2669. Acesso em: 08 de fev. de 2023.BRASIL. Resolução nº 255. Instituiu a Política Nacional de

Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Atos CNJ:2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_255_04092018_05092018143313.pdf. Acesso em 12 de jul. de 2024.

CIRINO, Samia Moda; FELICIANO, Júlia Maria. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero: abertura para uma mudança epistemológica no direito e na prática jurídica no Brasil. **RDP – Revista de Direito Público**, Brasília, Volume 20, n. 106, 247-271, abr./jun.2023.

COSTA, Welington Oliveira de Souza dos Anjos; SANTOS, Isabelle Dias Carneiro; PILATE, Fabiano Diniz de Queiróz. Desenvolvimento para a Igualdade de Gênero: Acesso à Justiça por Mulheres Trans. **Revista Videre.** Vol. 14, n. 30, mai./ago. 2022.

FERRAZ, Deise Brião; COSTA, Marli Marlene Moraes da. O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero como resposta institucional à pretensa universalização do feminino, amparada nos esforços internacionais de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 20, n. 1, p. 114-127, 2023.

GOMES, Mário Soares Caymmi; YORK, Sara Wagner; COLLING, Leandro. Sistema ou CIS-temade justiça: Quando a ideia de unicidade dos corpos trans dita as regras para o acesso aos direitos fundamentais. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 13, N.02, 2022, p.1097-1136.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE. **Global Access to Justice**. Disponível em: https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/. Acesso em: 7 set. 2024.

KAFKA, Franz. O processo. Tradução de Modesto Carone. Companhia das Letras, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)**: Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdfs. Acesso em: 7 set. 2024.

SEGATO, Rita Laura. **Contra-pedagogías de la Crueldad**. Buenos Aires: Prometeo, 2018.

SOUZA, Henrique da Fonte Araújo; Anny Layssa Joana Rodrigues. Acesso à Justiça de Pessoas Travestis e Transgêneras: obstáculos processuais ao reconhecimento legal de nome e gênero no Estado de Pernambuco. **Revista InSURgência.** Vol. 3, n. 1. Brasília, 2017.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS NO BRASIL: ENTRE INOVAÇÃO SOCIAL, INSEGURANÇA E JUSTIÇA

THE JUDICIALIZATION OF SEXUAL RIGHTS IN BRAZIL: BETWEEN SOCIAL INNOVATION, INSECURITY, AND JUSTICE

Pedro de Mendonça Guimarães[14]

Joana de Souza Machado[15]

Resumo: O trabalho explora a luta pelos direitos sexuais, ligado ao conceito de cidadania, e como há oscilação entre a exclusão e a inclusão de singularidades. A análise se concentra na multidão LGBTQIA+, por meio da revisão bibliográfica em análise documental das decisões judiciais que repercutiram na inovação da matéria. Mais do que apenas reproduzir um texto jurídico, destaca-se a relevância política e filosófica de se abordar o tema sob um viés democrático mais amplo e crítico, principalmente considerando os reflexos em se efetivar direitos através do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direitos Sexuais; Cidadania; Multidão LGBTQIA+; Poder Judiciário; Inovação Social.

Abstract: The work explores the struggle for sexual rights, linked to the concept of citizenship, and how there is an oscillation between the exclusion and inclusion of singularities. The analysis focuses on the LGBTQIA+ community, specifically through a bibliographic review and documentary analysis of judicial decisions that have impacted the innovation of the subject. More than just reproducing a legal text, we highlight the political and philosophical relevance of addressing

14 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: pedrodemguimaraes@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2796641494365585.

15 Prof.ª Dr.ª, regularmente credenciada no corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação de Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: joana.machado@ufjf.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3145804659613320.

the themes from a broader and more critical democratic perspective, especially considering the effects of enforcing rights through the Judiciary.

Keywords: Sexual Rights; Citizenship; LGBTQIA+ Multitude; Judiciary Power; Social Innovation.

1 INTRODUÇÃO

Como dizia minha avó, Myriam Cléo, legítima belo-horizontina nascida nos idos anos de 1927, ser nascido e criado em Belo Horizonte é algo que nos propicia um sentimento profundo de orgulho, nostalgia e pertencimento. A cidade é um mix de metrópole e roça, com origens étnicas e costumeiras dos rincões mais distantes deste enorme estado.

Reflexo dessa miscigenação e variedade de costumes e tradições do povo mineiro (e geraizeiro) a cultura acaba sendo um dos resultados fenomenais desta belíssima receita de formação do povo. Nesse contexto, o estado, e de forma muito específica a capital mineira, Belo Horizonte, que exerce um papel de embaixada de cada microrregião deste amplo território, exerceu um papel embrionário de um dos maiores movimentos musicais do país, o Clube da Esquina.

Poderia escrever páginas e mais páginas sobre o movimento, mas, o momento é de conexão e introdução aos raciocínios jurídico, político e filosófico. Sendo que, a partir da cultura, por meio de interesses pessoais e inspirações, começo a ilustrar o tema a partir de duas canções parte desse movimento tão importante. Essas citações se mostrarão como lentes humanísticas e artísticas a um ideal de democracia, pluralidade, diversidade, direito de ser, cidadania, aceitação etc., que serão expostos no decorrer deste trabalho. A primeira é a música "Credo" de Milton Nascimento e Fernando Brant:

Caminhando pela noite de nossa cidade
Acendendo a esperança e apagando a escuridão
Vamos, caminhando pelas ruas de nossa cidade
Viver derramando a juventude pelos corações
Tenha fé no nosso povo que ele resiste
Tenha fé no nosso povo que ele insiste
E acordar novo, forte, alegre, cheio de paixão
Vamos, caminhando de mãos dadas com a alma nova
Viver semeando a liberdade em cada coração
Tenha fé no nosso povo que ele acorda
Tenha fé no nosso povo que ele assusta
Caminhando e vivendo com a alma aberta
Aquecidos pelo sol que vem depois do temporal
Vamos, companheiros pelas ruas de nossa cidade
Cantar semeando um sonho que vai ter de ser real
Caminhemos pela noite com a esperança
Caminhemos pela noite com a juventude (Nascimento e Brant, 1978).

Em complemento a essa música parafraseio, também do Clube da Esquina, um trecho de "Bola de Meia, Bola de Gude":

Há um passado no meu presente
O sol bem quente lá no meu quintal
Toda vez que a bruxa me assombra o menino me dá a mão
E me fala de coisas bonitas
Que eu acredito que não deixarão de existir
Amizade, palavra, respeito, caráter, bondade, alegria e amor
Pois não posso, não devo
Não quero viver como toda essa gente insiste em viver
Não posso aceitar sossegado
Qualquer sacanagem ser coisa normal (Nascimento e Brant, 1989).

A cada vez que escuto ou leio essas canções tenho plena convicção de que a diversidade e a pluralidade são pilares fundamentais para a construção de uma sociedade justa e igualitária. O avanço das diretrizes democráticas e participativas somadas à esperança de um mundo sem violência ou preconceito, é um ideal que deve ser perseguido por todos, cabendo sobretudo aos acadêmicos da mais ampla área das ciências sociais tratar, exaustivamente, acerca da aceitação das diferenças e o respeito mútuo para um aperfeiçoamento constante de convivência harmoniosa entre os povos.

Como cantam Milton Nascimento e Fernando Brant em "Credo", "Caminhando pela noite de nossa cidade, acendendo a esperança e apagando a escuridão", somos instigados a sair de uma escuridão fascista, retrógrada e conservadora e caminhar em direção a uma luz, no sentido figurado, almejando um paradigma de esperança, fé e liberdade, propagando a ideia de que, por pior que a situação esteja, o povo, ao final, resiste.

Ao falar sobre o povo, também não podemos deixar de acreditar nessa multidão, junção de singularidades que apesar de vez ou outra se deixar representar por generais, falsos democratas, autocratas ou ditadores é composta de uma grande maioria de "caráter, bondade, alegria e amor", conseguindo esses valores alçar um voo muito maior e duradouro do que o ódio, rancor e preconceito.

Ocorre que essa batalha entre progressismo (liberdade) e fascismo possui altos e baixos e, recentemente, verificamos que muitos Estados ao redor do mundo estão passando por enfraquecimento ou até mesmo por distorções no que diz respeito à cidadania e os direitos de ser, que desaguam nos direitos sexuais, sobretudo no tocante às uniões homoafetivas e à identidade de gênero.

Os retrocessos aos direitos LGBTQIA+ incluem a criminalização e penalização do direito de ser das singularidades dessa multidão, com penas severas, incluindo prisão e até pena de morte. Além disso, há restrições de direitos, como leis que proíbem a "promoção" da "homossexualidade" e da mudança de gênero, restringindo direitos de expressão e identidade de gênero. A aplicação dessas normativas

resulta em perseguição, discriminação e violência contra pessoas LGBTQIA+, criando um ambiente hostil e inseguro para as diversas singularidades dessa multidão.

Assim sendo, a luta pela cidadania plena possui diversas vertentes e uma delas está conectada ao conceito de direitos sexuais. A cidadania plena ou o direito de ser perpassa ao direito inalienável de existir em seus aspectos civis, políticos e sociais mais amplos, que acabam oscilando constantemente entre exclusão e a inclusão, muitas vezes moldados por decisões formais que nem sempre se refletem em nossa realidade concreta.

É nesse momento de exclusão ou resistência que começamos a identificar as falhas da sociedade, sobretudo pelas lentes das ciências políticas e jurídicas. Nesse cenário, verificamos omissões constantes e falhas graves nas implementações de medidas, que acabam gerando insegurança e ineficácia no seio dos grupos sub-representados.

A multidão LGBTQIA+, grupo que analisaremos no presente trabalho foi cunhado, de forma ampla, pela Professora Maria Berenice Dias como hipossuficientes sociais que, em caráter geral, ainda contemplam os negros, os deficientes, as mulheres, os indígenas etc. De forma mais específica à multidão LGBTQIA+, daremos ênfase no tocante aos seus direitos sexuais, por meio de revisão bibliográfica em análise documental das decisões judiciais que repercutiram na inovação da matéria e, também, a partir da literatura acadêmica contemporânea que analisa o tema nas searas jurídica, política e filosófica.

O assunto se mostra relevante e necessário por envolver temas contemporâneos de análise aos sistemas democráticos, principalmente pelas apostas em se efetivar direitos se valendo do Poder Judiciário. Nossa análise será realizada em uma perspectiva crítica, mas com um axioma desde já estabelecido de que os avanços positivos são aqueles que encontram espaços para florescer e conseguem, de uma maneira ou de outra, alterar o status quo de toda uma multidão, mesmo que de forma sutil ou aquém da desejada, culminando no que o Professor Lars Hulgard entende por inovação social.

2 TERMINOLOGIAS UTILIZADAS PARA A ELABORAÇÃO DO PRESENTE TRABALHO

Antes de adentrar no conteúdo substantivo da pesquisa, vamos orientar o leitor sobre as terminologias empregadas neste estudo. O primeiro termo que gostaríamos de trazer é o conceito de "hipossuficiente social", tratado no artigo "Liberdade Sexual e Direitos Humanos", de Maria Berenice Dias. Este termo se refere a indivíduos ou grupos que são marginalizados ou discriminados socialmente, além de serem desfavorecidos nos contextos civis, políticos e sociais. Isso inclui idosos, crianças, deficientes, negros, judeus, mulheres e homoafetivos. Segundo a jurista gaúcha, mesmo quando esses grupos possuem condições econômicas suficientes, eles são considerados hipossuficientes do ponto de vista social e jurídico devido ao preconceito e à discriminação que sofreram e ainda sofrem.

Em segundo lugar, contextualizamos o leitor acerca das terminologias "multidão" e "singularidades", utilizadas por Michael Hardt e Antonio Negri no livro "Bem Estar Comum". O primeiro termo é tratado como uma forma de organização política que enfatiza a multiplicidade de singularidades sociais em luta, buscando coordenar suas ações comuns e manter sua igualdade em estruturas organizacionais horizontais.

Além disso, a "multidão" é composta por um conjunto de "singularidades", baseada em práticas de autodeterminação e do comum. A "multidão" é uma sociedade em constante processo de metamorfose, onde a resistência e a colaboração com outros - "singularidades" - são sempre experiências transformadoras e inéditas.

Ainda, para facilitar o leitor com os termos biopoder, biopolítica e necropolítica, utilizamos, os autores supracitados, que contextualizam essas nomenclaturas de forma breve e suficiente:

> Para assinalar essa diferença entre os dois "poderes de vida", adotamos uma distinção terminológica - sugerida pelos escritos de Foucault mas não

> usada sistematicamente por ele - entre biopoder e biopolítica, pela qual biopoder poderia ser definido (de maneira bastante grosseira) como o poder sobre a vida, e biopolítica, como o poder da vida de resistir e determinar uma produção alternativa de subjetividade (Hardt; Negri, 2009, p. 74).

Explicitamos, agora, o conceito de necropolítica, criado por Achille Mbembe e trazido, também, por Hardt e Negri no livro referenciado, este se refere a um estágio anterior e precário ao biopoder. Nesta fase, o Estado não se importa com a vida ou a morte das pessoas, podendo até atuar ativamente pela morte em certas circunstâncias, abandonando, por consequência, seu papel de cuidador e regulador da vida, levando à morte social e física dessas populações.

Por fim, esclareço que ao longo deste trabalho, utilizamos a expressão "fascismo" conforme a definição apresentada pelo Professor Doutor Andityas Soares de Moura Costa Matos em 26/09/2023 durante sua aula na disciplina "Crítica Radical ao Léxico Político" no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), vejamos:

> [...] uma figura do pensamento que quer negar a mudança pelo congelamento e fixação, visando a busca pela pureza. O fascismo está sempre preocupado com a ideia de pureza, buscando a ilusão de uma raça pura, economia pura, história pura etc. Pureza é o fascismo e o contrário é a miscigenação, a mudança (Matos, 2023).

A partir dessa breve contextualização, avançamos para o artigo proposto, em que os termos trazidos acima serão abordados de forma constante. Consideramos essencial que o leitor compreenda o contexto em que estamos utilizando essas expressões pois, a

interpretação meramente literal prejudicaria o entendimento em razão das especificidades técnicas.

3 OS PARADIGMAS DA CIDADANIA: ENTRE NECROPOLÍTICA, BIOPODER E BIOPOLÍTICA

A cidadania é, em última análise, um produto do direito e uma consequência da política. Portanto, é impossível discutir cidadania sem abordar produção legislativa ou sua omissão, bem como as permissões que podem advir de ausências proibitivas. Essas permissões podem vir de decisões tomadas pelos mais diferentes poderes estatais, inclusive por vias extraordinárias. Nesses cenários, percebemos a influência da política sobre o direito, sobretudo ao identificarmos os manejos, as possibilidades e as consequências das frentes de luta. Acerca desse movimento, das lutas, das falhas e atrasos, merece destaque as palavras da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

> Os direitos fundamentais conceberam-se, antes, nas ideias, nas lutas, nos movimentos sociais, nos atos heroicos individuais, nas tensões políticas e sociais que antecedem as mudanças, como o ar pesado que prevê a tempestade. Os direitos humanos foram, primeiro, crimes dito políticos pelos quais muitas cabeças rolaram. Só depois vem o Direito. Muito depois vêm os direitos (Rocha, 1996, p. 43).

Torna-se fundamental, portanto, a visualização e o entendimento de fenômenos como, apagões legislativos e a mudança do eixo ordinário pela aposta nas vias judiciais. Situações essas que podem ser interpretadas como indicadores de participação, pluralidade e de níveis democráticos dos Estados em determinados momentos. Essas decisões, escolhas e frentes de avanço começam com uma análise fria do que a política permite, tolera e determina.

A resposta dessa permissão deve ser amalgamada às diretrizes principiológicas que foram criadas para serem norteadoras de valores de toda uma humanidade e que permeiam aos princípios básicos, mas por vezes tão caros e escassos que são a igualdade (material) e liberdade, orientadores de toda uma lógica constitucional, democrática e inevitavelmente liberal dos Estados contemporâneos.

Assim, a evolução dos direitos sexuais acabou florescendo nessa relação com a cidadania, momentos esses que passaram e ainda passam por mutações de paradigmas. Nesse cipoal de similitudes e peculiaridades, três fases acabam sendo marcantes nesse processo de evolução as quais associamos cada qual com teorias filosóficas, primeiro a partir dos ensinamentos de Achille Mbembe em sua categorização da necropolítica e depois nos estudos de Michel Foucault acerca dos paradigmas do biopoder e da biopolítica.

Inicialmente, a necropolítica associa morte social à morte física e se refere a períodos sombrios da história em que as singularidades que não se alinhavam aos ideais de um Estado heterossexual, cisgênero, branco e católico eram verdadeiramente eliminadas ou altamente negligenciadas.

Essa realidade, amplamente observada em contextos nazifascistas, ainda é realidade em pleno século XXI e foi por nós constatada em um país próximo e limítrofe ao Brasil, a Guiana, país que criminaliza e pune sob os auspícios do direito penal aqueles que não se enquadram nos padrões estabelecidos, principalmente em aspectos de transgressão ao heterossexualismo. Abaixo, tradução livre da Lei Criminal de 1893, Seções 351, 352 e 353, ainda em vigor em nosso vizinho:

> Indecência Grave com Pessoa do Sexo Masculino
> "Qualquer pessoa do sexo masculino, que em público ou privado, comete, ou é parte no cometimento, ou adquire ou tenta adquirir o cometimento, por qualquer pessoa do sexo masculino, de um ato de indecência grave com qualquer outra pessoa do sexo

> masculino será culpada de delito e passível de prisão por dois anos."
> Tentativas de Cometer Ofensas Antinaturais "Todos que — (a) tentam cometer sodomia; [...] serão culpados de crime e passíveis de prisão por dez anos."
> Sodomia "Todos que cometem sodomia, seja com um ser humano ou com qualquer outra criatura viva, serão culpados de crime e passíveis de prisão perpétua." (Human Dignity Trust, 2024).

Dando seguimento às explanações paradigmáticas, passamos ao movimento do biopoder que, diferente da necropolítica, se refere a um contexto em que os Estados não mais recorrem à morte, mas sim a um controle instrumental da vida a partir da normatização e imposição de comportamentos e padrões. Sendo que, aqueles que não se enquadram são excluídos, não num contexto de miserabilidade, mas sim de sub-cidadania. Tal cenário é passível de visualização, também na América do Sul, dessa vez, pelo Paraguai, Estado que não adota nenhuma medida para acolhimento, em termos de cidadania, aos transgressores da sexualidade padrão.

Para ilustrar o cenário, Carolina Rocledo Desch, membro do "Grupo por Los Derechos de Las Lesbianas"/"AIREANA" e autora do artigo "Discriminación por Orientación Sexual, Identidad y Expresión de Género", destaca a situação precária dos direitos das minorias no Estado vizinho. Ela aponta para a falha do Estado paraguaio em lidar com a discriminação sistemática por orientação sexual, identidade de gênero e diversidade corporal nos tempos atuais. Além disso, menciona a ausência de legislações específicas para proteger essas minorias e cita um incidente histórico de perseguição, detenção e tortura de indivíduos membros das minorias durante a ditadura de Alfredo Stroessner em 1959, conhecido como "108".

Ainda no biopoder, infelizmente, não precisamos cruzar fronteiras para ilustrá-lo, mesmo que não tenha sido efetivado como uma política de Estado, o Brasil consegue manter vivo em uma parcela da sociedade uma de suas facetas mais nefastas. Ilustrativo

de tal realidade é o avanço recente do Projeto de Lei (PL) fascista n. 5.167/2009 que tramitou na Câmara baixa brasileira e que, inclusive, foi aprovado na Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família, visando a proibição da união entre pessoas do mesmo sexo com justificativas religiosas radicais.

Ainda, o mais perverso foi que essa PL foi apensada na de n. 580/2007 protocolado por Clodovil Hernandes, o primeiro deputado federal assumidamente gay na história do Brasil que, em sua essência, visava o oposto, a legalização das uniões homoafetivas. Ao que percebemos, as viradas de paradigmas nunca são definitivas e atritam entre si a todo momento, principalmente ao serem impulsionadas por movimentos conservadores, fascistas e retrógrados.

Em seguida, a grande virada de chave ocorre na evolução do paradigma do biopoder à biopolítica que acaba ganhando forte munição ideológica a partir da década de 1960 com movimentos massivos em prol de "auto-realização, autonomia e expressão cultural das necessidades individuais e sociais" (Melucci, 1994, p. 8). Essa nova realidade rogava pela quebra e transcendência de padrões em prol de potências e vontades de potência das singularidades em se expressarem de forma autêntica.

Assim, retomando ao que disse a Ministra Carmen Lúcia que só depois e bem depois viriam os direitos e dando seguimento às nossas menções aos países da América do Sul, contextualizamos dois movimentos biopolíticos que se deram no Uruguai e Brasil, esses sim como movimentos de Estados.

Nosso primeiro exemplo de movimento biopolítico vem do Uruguai, país latino-americano conhecido por sua estabilidade econômica e democracia robusta, que aprovou uma série de legislações progressistas na primeira metade da década de 2010. Essas leis garantiram direitos como o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e a integração formal e material de pessoas transgênero à sociedade uruguaia. O casamento entre pessoas do mesmo sexo foi aprovado em abril de 2013, tornando o Uruguai o segundo país da

América do Sul a legalizar o casamento homoafetivo atrás, apenas, da Argentina (BBC Brasil, 2013).

Além disso, o Uruguai aprovou a "Ley Integral para Personas Trans" em 2018, uma legislação inovadora que, além de garantir o direito à autodeterminação, também prevê reparações econômicas, diretrizes para o bem-estar comum da comunidade transgênero, normas para a identidade legal e protocolos de saúde física e mental. Essas inovações normativas posicionaram o Uruguai como um refúgio para as minorias sexuais e um exemplo de maturidade democrática e respeito aos direitos fundamentais, com destaque a autonomia das vontades (France 24, 2018).

Em seguida, damos o exemplo do Brasil, em que a luta pelos direitos sexuais resultou de avanços significativos efetivados por meio do Supremo Tribunal Federal (STF) e não do parlamento. Em 2011, o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277. Essas ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

Além disso, em 2018, a Corte Constitucional reconheceu o direito dos transgêneros de alterar seu prenome e gênero no registro civil, independentemente da realização de cirurgia ou de tratamentos hormonais/patologizantes, por meio da ADI 4275. Essa decisão foi um marco para a singularidade trans no Brasil pois garantiu o direito à autodeterminação e ao reconhecimento de sua identidade de gênero. Mais à frente, analisaremos as decisões do Brasil que serão chave para o entendimento deste artigo.

Nesse movimento em direção à biopolítica, não podemos deixar de destacar que os direitos sexuais conseguiram ser inseridos nas pautas, sobretudo internacionais, a partir do movimento feminista que sempre pregou a emancipação dos corpos como condição de existência da pessoa humana dotada de direitos, desejos e responsabilidades, sempre a partir da premissa máxima de autonomia.

Nesse movimento, três Conferências Internacionais de Direitos Humanos se sobressaem, a primeira se de Teerã no ano de 1968, responsável por trazer, de modo inédito, o repúdio a todos os tipos de discriminação. Em seguida, as conferências do Cairo em 1994 e de Pequim em 1995.

A Conferência do Cairo reconheceu o pleno exercício dos direitos humanos e a ampliação dos meios de ação da mulher como fatores determinantes da qualidade de vida dos indivíduos. Isso incluiu a saúde reprodutiva como direito humano e fator fundamental para a igualdade de gênero. Esses princípios foram e são essenciais para o movimento LGBTQIA+, que luta pela igualdade de direitos e reconhecimento para todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Por sua vez, a Conferência de Pequim reafirmou os princípios estabelecidos no Cairo e foi ainda mais longe ao reconhecer a ideia de empoderamento feminino. Incluindo o reconhecimento de que as mulheres têm o direito autônomo e soberano de tomar decisões sobre seus próprios corpos e vidas. Ideias e movimentos amplamente relevantes para o movimento LGBTQIA+.

Assim, ao abordarmos cidadania, direito e política sob uma perspectiva material e democrática, percebemos que seus valores mais elevados, especialmente no que diz respeito aos direitos sexuais, estão profundamente ligados à aceitação e inclusão das mais diversas individualidades, subjetividades, expressões e aspectos de pertencimento. Isso se reflete no pleno exercício dos direitos civis, sociais e políticos. Essa conexão é particularmente relevante quando considerada sob a ótica do respeito pela autodeterminação sexual, que representa a expressão máxima do direito de ser, sem medo, sem recriminações e sem culpa.

Nesse contexto, podemos dizer que os direitos sexuais conquistados pelo Estado brasileiro se deram de forma lenta, gradual e controlada, ao longo dos anos de 2010 e serão analisados com base no entendimento de Lars Hulgard ao conceito de inovação social, enfatizando as mudanças não só por meio de um novo caracterizado

pela vacuidade e generalidade, mas por seu espírito verdadeiro de real inclusão e integração.

Após analisar os meios pelas quais as inovações sociais brasileiras, no tocante aos direitos sexuais, se deram, exploraremos a crítica nas lições de Azul A. Aguiar Aguillar e Candace Johnson, a partir da derrubada do paradigma de Roe v. Wade pela Suprema Corte Estadunidense.

Essa é uma questão de direito comparado que já gera efeitos ainda não totalmente compreendidos pela academia que se debruça nos estudos do Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direitos Políticos, sendo essencial o aprofundamento da análise de fenômenos internacionais que querendo ou não são realidades e geram pontos de inflexão nos posicionamentos estatais, sobretudo quando verificamos a ascensão de uma nova frente de cooptação de poderes por autocratas e falsos democratas, que, em geral, tem aversão aos direitos humanos, à diferença e flertam com fascismo contemporâneo, disfarçado e envernizado. Afinal, como bem dizia o brilhante Umberto Eco em seu artigo "O Fascismo Eterno":

> O Ur-Fascismo ainda está ao nosso redor, às vezes em trajes civis. Seria muito confortável para nós se alguém surgisse na boca de cena do mundo para dizer: "Quero reabrir Auschwitz, quero que os camisas-negras desfilem outra vez pelas praças italianas!". Ai de mim, a vida não é fácil assim! O Ur-Fascismo pode voltar sob as vestes mais inocentes. Nosso dever é desmascará-lo e apontar o indicador para cada uma de suas novas formas - a cada dia, em cada lugar do mundo (Eco, 2023).

Por fim, todo esse contexto nos leva a refletir sobre a necessidade de ampliarmos nossas frentes de luta em prol de garantir direitos mais definitivos e seguros. Que a biopolítica consiga despontar,

favorecendo a multidão das singularidades socialmente vulneráveis, principalmente quando percebemos momentos de crise.

No próximo tópico, vamos analisar, de modo detalhado, duas decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira que deram sustentação a dois direitos sexuais importantíssimos para os hipossuficientes sociais, pertencentes à multidão LGBTQIA+, o direito à união civil e o de alteração de prenome e gênero no registro civil, movimentos biopolíticos do Estado brasileiro efetivados pelo Poder Judiciário.

3.1 UNIÃO HOMOAFETIVA

Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou uma sessão histórica para julgar em conjunto a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277. O cenário que motivou tal julgamento foi a falta de uniformidade nas decisões dos estados-membros em relação a permissividade legal ou não no tocante ao reconhecimento de uniões homoafetivas, majoritariamente por cartórios de âmbito estadual.

Na ocasião, estados como Goiás e Rio de Janeiro permitiam o reconhecimento dessas uniões, enquanto outros, como Bahia e Santa Catarina, não. Essa discrepância nos entendimentos estaduais eram geradores irrefutáveis de insegurança jurídica e desigualdade entre os cidadãos dos diferentes estados-membros.

A decisão do STF foi fundamentada na violação do princípio da isonomia, que preconiza a igualdade de todos perante a lei. Além disso, a Corte elevou a importância de princípios constitucionais implícitos como o pluralismo e a fraternidade, argumentando que a ausência de proibição expressa na Constituição permitiria o reconhecimento das uniões homoafetivas e possibilitava a interferência da Corte na questão.

O STF também levou em consideração a dignidade da pessoa humana, a autonomia individual e o direito à intimidade, elementos essenciais e constitutivos na formação e regência das famílias. A decisão ainda reforçou que a família, independentemente de sua composição, deve ser protegida e valorizada como base da sociedade.

Dessa forma, o julgamento marcou um importante passo na luta pelos direitos LGBTQIA+ no Brasil, garantindo o reconhecimento legal das uniões homoafetivas, contribuindo sobremaneira para a promoção da igualdade e da diversidade, cabe ressaltar que o plenário da Corte julgou de forma unânime as ações, os Ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Ellen Gracie votaram a favor.

Ao reconhecer a união estável para casais do mesmo sexo por meio de decisão com efeitos vinculantes, o artigo 1723 do Código Civil brasileiro foi interpretado conforme a Constituição, reconhecendo a "união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar" (Brasil, 2011).

Após a decisão da Corte vieram as críticas, alguns juristas, apesar de concordarem no tocante a materialidade do julgamento, passaram a criticar a Suprema Corte brasileira pela ausência de técnica para a tomada de decisão, vez que o artigo 1723 do Código Civil é uma cópia do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, vejamos as redações:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (Brasil, 2002)
> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...]
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

> entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Brasil, 1988)

Para ilustrar tais críticas nos referenciamos a partir do livro "Omissão Inconstitucional e Sentenças Normativas" de André Luiz Maluf que questiona a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de reinterpretar o artigo 1.723 do Código Civil. O jurista argumenta que essa norma não poderia ter sido declarada inconstitucional, pois o artigo em questão reproduz literalmente o texto constitucional, como trouxemos acima (Maluf, 2023).

Como subsídio técnico ele traz uma discussão mais incisiva, questionando o ato de se fazer uma interpretação conforme em face de uma lei que diz exatamente o mesmo que a Constituição. Maluf sugere que a situação seria totalmente diferente se a Constituição não tivesse uma regra expressa sobre o assunto, caso que o STF poderia, sem sombra de dúvidas, ter adicionado conteúdo normativo ao artigo (Maluf, 2023).

O autor dá, de forma incisiva, sua opinião de que a Corte Suprema brasileira deveria ter reconhecido uma mutação constitucional do texto original, o que teria minimizado as críticas doutrinárias sobre a adequação da técnica decisória utilizada. Ele argumenta que o reconhecimento de uma mutação teria colocado a Corte em uma posição clara de exposição, mas que isso seria o custo republicano da atuação contramajoritária em decisões que envolvem temas moralmente complexos e de atuação normativa. Segundo Maluf, apesar das críticas, a Corte teria se amparado em uma técnica mais adequada (Maluf, 2023).

Passados quase quinze anos, não resta dúvida de que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi substancialmente impecável. No entanto, ao adentrarmos no campo jurídico, em aspectos formais, observamos que críticas contundentes foram levantadas, inclusive por figuras proeminentes e progressistas do direito. Isso, de certa forma, já suscitava preocupações, afinal se essas figuras questionavam a decisão, podemos imaginar a repercussão nos movimentos conservadores e

fascistas. Nesse cenário, parafraseando famosa frase de Júlio César, era essencial que a Corte, além de proferir uma decisão incontestável, também transmitisse essa perfeição em sua aparência.

Outra crítica, sempre utilizada pelos fascistas, é a de que a Corte Constitucional usurpa as funções do Poder Legislativo ao tomar decisões como essa, se valendo de um ativismo judicial desmesurado e descalibrado. No entanto, em nossa opinião, essa crítica não é válida pois, após o julgamento, o próprio parlamento tem a capacidade de regular a matéria. Além disso, o arcabouço jurídico brasileiro, em condições normais de democracia, permite que a Suprema Corte intervenha em omissões inconstitucionais.

No próximo tópico analisaremos o segundo julgamento da série de inovações sociais rumo à biopolítica do Estado brasileiro, decisão essa que foi a responsável pelo reconhecimento à identidade de gênero no Estado brasileiro, mais uma vez calcada em valores de liberdade e autonomia dos corpos, valores esses que foram construídos a duras penas em resultado aos movimentos feministas.

3.2 ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNER DOS TRANSGÊNEROS NO REGISTRO CIVIL

O segundo e último julgamento que trouxemos para análise foi a ADI n. 4275 julgado pelo Supremo Tribunal Federal no dia 1º de março de 2018. Nessa sessão, também histórica, a Corte Constitucional brasileira se debruçou sobre o artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), "O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios." (Brasil, 1973)

Durante o julgamento, o plenário da Corte estava mais uma vez debatendo questões de cidadania, direito de ser e autonomia pessoal. Em outras palavras, eles estavam discutindo a capacidade de uma pessoa se identificar consigo mesma, um direito que anteriormente era limitado e controlado pelo Estado através de regras e diretrizes. Antes do julgamento e da decisão desta Ação Direta de Inconstitucionalidade

(ADI), a singularidade trans vivia sob paradigma de biopoder, onde o Estado exercia controle sobre os corpos e as identidades dos indivíduos.

A população trans, quando analisada em um contexto histórico certamente foi a singularidade partícipe da multidão LGBTQIA+ mais afetada pelas atrocidades nefastas dos fascistas. Essa singularidade sofreu no passar do tempo por extermínio, exclusão, patologização, internações compulsórias e sendo forçados à prostituição como única garantia de profissão e sustento. Até hoje, no Brasil, como exemplo, a média de vida de uma pessoa trans é de cerca de 35 anos. (Brasil, 2021)

Assim, muito mais do que conceder um direito, a corte estava elevando esse grupo em um patamar de cidadania, culminando em acórdão final que entendeu pelo direito à retificação de gênero e nome no registro civil de pessoas transgênero - termo usado pelo STF para incluir tanto pessoas trans quanto travestis -, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou de quaisquer tratamentos hormonais ou patologizantes. A partir desse julgamento, todos os cartórios de registro civil de pessoas naturais devem proceder com a retificação do registro, sem exigir quaisquer documentos que objetifiquem ou reduzam a identidade de gênero além da autodeclaração do requerente. Vejamos a íntegra do dispositivo:

> O transexual, comprovada juridicamente sua condição, tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado 'por determinação judicial', vedada a inclusão do termo 'transexual'. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. A autoridade judiciária determinará, de ofício ou

> a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos (Brasil, 2018).

Essa decisão foi a responsável pelo reconhecimento da identidade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro, que nada mais é do que o direito da pessoa em ser aquilo que ela entende e declarar isso para o Estado e para terceiros, um princípio quase básico aos olhos dos liberais, mas que sempre foram e continuam sendo demonizados por uma parcela fascista que detém de forte poder nos locais de tomada de decisão do Estado brasileiro.

Mais uma vez, podemos replicar nossas palavras da análise do julgamento anterior, essa decisão foi altamente criticada pelos inimigos do progresso com os argumentos que já estamos acostumados, religiosos, de usurpação política do Tribunal etc. Vejamos agora, a crítica técnica proferida por André Luiz Maluf:

> [...] trata-se de clara sentença aditiva de garantia sem custos para o erário, apenas se limitando a estabelecer a aquisição de uma situação jurídica passiva favorável - tendo o STF acrescido conteúdo normativo ao parágrafo único do art. da Lei 6.015/1973, permitindo aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração do prenome e do gênero (sexo) diretamente no registro civil.
>
> Vale ressaltar que o Redator para o acórdão reconheceu, expressamente, que a ação envolvia um pedido de sentença aditiva. Entretanto, embora as considerações do Min. Fachin mereçam aplausos, eis que não se furtou de reconhecer que a questão envolvia uma técnica aditiva, o entendimento conclusivo

> acabou mesclando a interpretação conforme como propulsora de uma decisão manipulativa de efeito aditivo. Isso reforça que o STF comumente vem se utilizando da interpretação conforme para realizar sentenças aditivas se furtando do necessário accountability republicano (Maluf, 2023).

Com a conclusão de mais um tópico de nosso trabalho, que analisou a inovação social nos direitos sexuais concedidos às singularidades trans pelo Poder Judiciário, avançamos para o tópico central de problematização deste estudo, visando demonstrar que, em momentos de instabilidade democrática - uma situação que tem se tornado comum ao redor do mundo - os direitos sexuais são frequentemente os primeiros a serem revogados. Isso resulta em um retrocesso de direitos alcançados, levando-nos de volta a um passado sombrio que acreditávamos ter superado. Essas regressões são frequentemente conduzidas por indivíduos perigosos, que desejam o retorno a períodos clássicos de necropolítica.

3.3. O AVASSALADOR OVERTURNING DE ROE V. WADE E A CÍCLICA INSEGURANÇA DOS HIPOSSUFICIENTES SOCIAIS: UM ALERTA AOS AVANÇOS CONQUISTADOS VIA SUPREMA CORTE

O impacto das decisões judiciais é multifacetado, abrangendo tanto questões visíveis quanto simbólicas. Dentre as simbólicas, destaca-se a mobilização social e a atuação de grupos de direitos humanos, que veem na luta pela cidadania uma forma de se sentir abraçados por possíveis decisões futuras e até mesmo já tomadas pelo Poder Judiciário.

O Judiciário, principalmente personalizado pela instituição Suprema Corte, pode atuar tanto no aprofundamento da democracia quanto em sua degradação. A exigibilidade judicial dos direitos humanos é vista com bons olhos por personalidades como Werneck Vianna, que considera de forma crítica o contexto dos países

latino-americanos – excludente e com baixa confiança no executivo e legislativo, somados a cenários de forte instabilidade política.

A tática via Poder Judiciário, quando a política não avança, revela o potencial emancipatório dos direitos humanos, envolvendo amplos setores da sociedade e da academia. Entre os adeptos a esse viés, destacam-se os neoconstitucionalistas, fortes defensores da judicialização da política, que avaliam serem os impactos das decisões dos tribunais constitucionais como uma questão central.

O movimento neoconstitucionalista estava em seu auge no final dos anos 90 e início dos anos 2000, chegando até nos anos 2010. Hoje, esse movimento não é visto com o mesmo entusiasmo e alegria de seu início, o que nos leva a crer em uma mudança de paradigma. Essa situação acende um alerta no tocante aos direitos conquistados por essa modalidade, questão que será tratada neste tópico.

Em resumo, nossa análise dos direitos sexuais foi realizada sob uma perspectiva filosófica e jurídica. No entanto, vamos agora adotar uma abordagem das ciências políticas. Isso é especialmente relevante para países como o Brasil, que têm confiado no poder judiciário como estratégia para a conquista e avanço dos direitos. Nessa nova perspectiva, adotamos uma visão relativamente pessimista ou, no mínimo, uma abordagem de alerta.

Passamos para o viés político, pois o estudo acadêmico do direito nos tempos atuais muitas vezes se limita a analisar decisões judiciais, leis e outras fontes do direito de maneira acrítica. Isso pode dar a impressão de que certas formas jurídicas são permanentes e que o papel dos operadores do direito é meramente operacional ou explicativo.

No entanto, o mundo contemporâneo, com seus novos desafios, exige mais de nós. Além de analisar o presente, precisamos nos abrir para outras disciplinas, especialmente aquelas análogas ao direito, para tentar prever possíveis avanços ou retrocessos. Isso é particularmente importante quando consideramos aspectos fundamentais da sociedade, como democracia, pluralidade, liberdades, direitos e outros

valores que, embora presentes hoje, foram conquistados através de muita luta e sacrifício no passado.

Neste contexto, sobretudo após nossa exposição de como os direitos sexuais foram pautados e garantidos no Brasil, é alarmante a sucessão de fatos que resultou na revogação da histórica decisão de Roe v. Wade, representando uma mudança de posição da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre um direito reprodutivo, o aborto. Embora não vamos discutir especificamente este direito aqui, é importante destacar como essa mudança de paradigma tem implicações profundas nos direitos sexuais.

O paradigma estabelecido pelo caso Roe v. Wade estava consolidado desde 1973, quando sofreu um revés relativo em 1992 com o caso Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey. E, finalmente, em 2022, a decisão foi revertida pelo julgamento de Dobbs v. Jackson Women's Health Organization pela Corte.

É importante destacar que a Corte Constitucional Estadunidense tem sido alvo de disputas políticas entre progressistas e conservadores há muito tempo. Muitos políticos perceberam que a política não se limita ao Executivo e ao Legislativo, e que mobilizar politicamente dentro da Suprema Corte é a nova estratégia para reafirmar poderes e obter favorecimentos políticos.

Conforme apontado pela autora Azul A. Aguiar Aguillar em seu artigo "Courts and the Judicial Erosion of Democracy in Latin America", muitos políticos, especialmente os incumbentes, passaram a ver as Cortes como um obstáculo aos seus objetivos, principalmente os ideológicos.

A partir disso, esses personagens passaram a atacar institucionalmente as Cortes, utilizando formas formalmente legais, mas distorcidas em um sentido material. Embora essas atuações possuam uma aparência de legalidade, a substância acaba por extirpada.

Esse foi o cenário que aconteceu com a revogação de Roe v. Wade. Os juízes, nomeados por presidentes conservadores e seguindo o rito constitucional, derrubaram decisões que envolviam direitos

fundamentais e de autonomia da pessoa humana, relacionados aos corpos, com base em decisões formalmente fundamentadas em um movimento político alinhado com suas ideologias.

Neste movimento, o ciclo de ataque identificado por Aguillar foi concluído. Com a nova decisão, um grupo político específico ganhou legalidade, legitimidade e validade por meio de uma reversão judicial. Isso só foi possível através do movimento de "empacotamento" das Cortes, que envolve o preenchimento de vagas com juízes imparciais, que utilizam o judiciário para fins políticos.

O "empacotamento" das Cortes pode ocorrer de várias maneiras. Pode acontecer de forma ordinária, através de aposentadorias, exonerações e falecimentos de ministros. Ou pode ocorrer através da prática de constitucionalismo abusivo, onde o número de membros da Corte é substancialmente aumentado, apenas para acomodar indivíduos que são favoráveis a certos grupos políticos. Este último exemplo é típico de países cujos sistemas já estão substancialmente corrompidos.

Portanto, fica evidente que os políticos reconheceram a importância e o impacto do "judicial review" realizada pelas Cortes. Destacamos que essa modalidade inclui as ações constitucionais que discutimos ao longo deste trabalho, meios aos quais as ações que permitiram a união homoafetiva e a alteração de prenome e gênero dos transgêneros no registro civil foram pautadas. Logo, por meio do "judicial review" houve, claramente, a concessão de direitos às singularidades - membros de multidões hipossuficientes, elevando níveis de cidadania.

Portanto, usamos este tema para alertar que, sim, os direitos sexuais conquistados pela Suprema Corte brasileira estão sujeitos a mudanças, especialmente em casos de "empacotamento" das cortes, um fenômeno semelhante ao que ocorreu nos Estados Unidos em 2022. Os direitos sexuais, juntamente com os direitos reprodutivos, geralmente são os primeiros a serem atacados e revogados, como podemos ver no movimento nos Estados Unidos.

Hoje, quando o sistema jurídico-político opera em relativa normalidade, afirmamos que a revogação dessas decisões biopolíticas brasileiras seria inconstitucional e antidemocrática. No entanto, se no futuro uma corte que deveria identificar essas inconstitucionalidades se tornar parcial e estiver a serviço de grupos específicos, quem irá declarar essa invalidade constitucional?

Em uma época em que PLs como o nº 5.167/2009 já são uma realidade, fica evidente que o movimento fascista está organizado e tem significativa representação no parlamento. Se esse movimento voltar sua atenção para o poder das cortes e começar a cooptá-las, isso seria uma tragédia anunciada. Nesse contexto, a academia, por meio de estudos sistemáticos e técnicos, tem o dever de ser uma das vozes a destacar e alertar para essa possibilidade.

Para reforçar nosso alerta, observamos que a cientista política canadense Candace Johnson já havia identificado esse movimento. Em seu artigo "Drafting injustice: overturning Roe v. Wade, spillover effects and reproductive rights in context", ela destaca que o próprio Justice Thomas, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, indicou que a decisão que mudou o paradigma de Roe v. Wade poderia levar à revisão de outras decisões de conteúdo similar. Uma dessas decisões é a que deliberou sobre o casamento igualitário e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, situação explicitamente mencionada pelo magistrado. Apesar de ser uma voz minoritária dentro da Corte, suas opiniões e votos têm peso, pois são revestidos de autoridade.

A cientista política canadense conclui com um alerta semelhante ao nosso. A revogação de Roe v. Wade não é apenas uma questão nacional com impactos limitados aos Estados Unidos. A maneira como essa revogação ocorreu ameaça a lógica de todos os avanços alcançados por meio do "judicial review" em todo o mundo. Isso é particularmente relevante em locais onde a influência dos Estados Unidos é muito forte, como no Brasil.

Ao analisarmos esses casos reais, concluímos que os paradigmas de necropolítica, biopoder e biopolítica não são estáticos e não seguem ordem fixa, seja em avanços ou retrocessos. Nada impede que, ao

atingir um patamar mais evoluído, ainda possam ocorrer exceções. O estudo dos direitos sexuais em relação às minorias revela um ciclo contínuo de inclusão e exclusão, conquistas e retrocessos, permeado por insegurança jurídica. Nesse contexto, os mais penalizados são justamente os hipossuficientes sociais e sub-representados, que ficam à mercê dessa instabilidade.

4 CONCLUSÃO

A luta pelos direitos sexuais, como explorado neste trabalho, é uma jornada intrincada e multifacetada que se entrelaça com o conceito mais amplo de cidadania. Através de uma análise crítica, observamos que a realização desses direitos oscila entre a inclusão e a exclusão, muitas vezes moldada por decisões formais que não se revestem de segurança.

Os paradigmas de necropolítica, biopoder e biopolítica, discutidos ao longo deste estudo, demonstram que esses conceitos não são estáticos e podem variar conforme o contexto político e social. Estados que orbitam em ciclos de inclusão e exclusão, como Brasil, Estados Unidos, Paraguai e Guiana, exemplificam como a insegurança jurídica pode afetar diretamente os hipossuficientes sociais, especialmente as singularidades da multidão LGBTQIA+.

Identificamos falhas significativas na sociedade, particularmente sob a ótica das ciências políticas, com fenômenos jurídicos de omissões e falhas na implementação de medidas, gerando insegurança e ineficácia para os grupos sub-representados. No entanto, apesar desses desafios, os avanços positivos que florescem e conseguem alterar a realidade de toda uma multidão são um testemunho do poder da inovação social.

Neste trabalho, focamos especificamente na multidão LGBTQIA+, analisando seus direitos sexuais através de uma revisão bibliográfica e análise documental das decisões judiciais que repercutiram na inovação da matéria. Esta análise revelou a relevância

e a necessidade de abordar temas contemporâneos de análise dos sistemas democráticos, principalmente considerando a aposta em efetivar direitos através do Poder Judiciário.

Em conclusão, este estudo destaca a importância de continuar lutando pelos direitos sexuais e de continuar a desafiar e questionar as normas existentes. Embora tenhamos feito progressos significativos, ainda há muito trabalho a ser feito para garantir que todos, independentemente de seu "direito de ser", possam desfrutar plenamente de seus direitos civis, políticos e sociais. A luta pelos direitos sexuais é, em última análise, uma luta pela cidadania plena e pela dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Maria Betânia; GOUVEIA, Taciana. Notas sobre direitos reprodutivos e direitos sexuais. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Maria Regina (org.). **Sexualidades brasileiras.** Rio de Janeiro: Relume Dumará/ABIA/IMS/UERJ, 1996. p. 160-172.

AGUIAR AGUILAR, Azul A. Courts and the judicial erosion of democracy in Latin America. **Politics & Policy**, v. 51, n. 1, p. 7- 25, 2023.

BBC BRASIL. **Uruguai aprova lei de casamento gay**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/04/130410_uruguai_casamentogay_pai_dm. Acesso em: 24 de julho de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.167, de 2009.** Altera o art. 1.521 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=416267. Acesso em: 27 de julho de 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 580, de 2007.** Acrescenta parágrafos ao art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para dispor sobre manutenção da condição de segurado especial, independentemente do exercício eventual de outras atividades e dá outras providências. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83397. Acesso em: 27 de julho de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/ADPF_2022.pdf. Acesso em: 27 de julho de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A**ção Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf. Acesso em: 27 de julho de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4275VotoGMTransgneros.pdf. Acesso em: 28 de julho de 2024.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.** 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade Sexual e Direitos Humanos.** 2024. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/192.pdf. Acesso em: 1º de agosto de 2024.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: A vontade de saber (Vol. 1)**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 9ª edição. São Paulo: Paz & Terra, 2014.

FRANCE 24. **Ley Trans: aprobada en el Congreso de Uruguay**. Disponível em: https://www.france24.com/es/20181019-ley-trans-aprobada-congreso-uruguay. Acesso em: 30 de julho de 2024.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Bem Estar Comum**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

HUMAN DIGNITY TRUST. **Country Profile: Guyan**a. Disponível em: https://www.humandignitytrust.org/country-profile/guyana/. Acesso em: 30 de julho de 2024.

JOHNSON, C. Drafting injustice: overturning Roe v. Wade, spillover effects and reproductive rights in context. **Feminist Theory**, v. 25, n. 1, p. 122-127, 2024. Disponível em: https://doi.org/10.1177/14647001221114611. Acesso em: 10 de agosto de 2024.

ECO, Umberto. **O Fascismo Eterno. Le Monde Diplomatique**, 26 de janeiro de 2023. Disponível em: https://diplomatique.org.br/o-fascismo-eterno-revisitado/. Acesso em: 10 de julho de 2024.

LUPA. **Entenda o projeto de lei que proíbe a união homoafetiva no Brasil**. Disponível em: https://lupa.uol.com.br/jornalismo/2023/09/27/entenda-o-projeto-de-lei-que-proibe-a-uniao-homoafetiva-no-brasil. Acesso em: 10 de julho de 2024.

MALUF, André Luiz. **Omissão inconstitucional e sentenças normativas: limites e possibilidades para a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Aula na disciplina **"Crítica Radical ao Léxico Político"**. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 26 de setembro de 2023.

MELUCCI, Alberto. "Movimentos Sociais, Renovação Cultural e o Papel do Conhecimento". **Notes Estudios**, São Paulo, CEBRAP, n° 40, novembro, 1994.

NASCIMENTO, Milton; BRANT, Fernando. **Credo**. In: CLUBE DA ESQUINA 2. Intérprete: Milton Nascimento. Rio de Janeiro: EMI Music Brasil, 1978. 1 disco (3 min 5 s).

NASCIMENTO, Milton; BRANT, Fernando. **Bola de Meia, Bola de Gude**. In: MILTONS. Intérprete: Milton Nascimento. São Paulo: Sony Music Entertainment (Brasil) I.C.L., 1989. 1 disco (2 min 59 s).

POSA GUINEA, R.; ROBLEDO DESH, C.; AUGSTEN, E.; MORÍNIGO, W.; FALLABELA, F. "No digan tatú con tatú". In: CODEHUPY (Ed.). **Derechos Humanos en Paraguay 2022**. Asunción, Paraguay: Codehupy, 2022. p. 68-86. Disponível em: https://www.humandignitytrust.org/country-profile/guyana/. Acesso em: 27 de julho de 2024.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa; O conteúdo democrático do Princípio da Igualdade Jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 15/96.

TAYLOR, Matthew. Courts and Judicial Independence. In: MENDES, Conrado Hübner; GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián (Ed.). **The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America.** Oxford University Press, 2021.

O LEGADO BOLSONARISTA NA EDUCAÇÃO: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE OS SENTIDOS CONSTITUCIONAIS MOBILIZADOS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE BOLSONARIST LEGACY IN EDUCATION: AN INVESTIGATION INTO THE CONSTITUTIONAL MEANINGS MOBILIZED WITHIN THE SCOPE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Gabriela Sena dos Santos[16]

Resumo: A ascensão do bolsonarismo objetivou destruir o modelo educacional construído desde 88 buscando promover uma agenda moral, baseada em uma "guerra cultural" do populismo reacionário que objetiva fortalecer uma "identidade conservadora" para contrastar com o que apontam de "aparelhamento" e "doutrinação" ideológica de esquerda na educação (Lynch; Cassimiro, 2022). Nesse contexto, há uma defesa do retorno do poder decisório às famílias (Abrucio, 2021), no âmbito do STF, tal discussão pôde ser vista nos julgamentos do RE nº 888.815 (ensino domiciliar), da ADPF nº 600 (Escola sem Partido) e da ADI nº 6.590 (Política Nacional de Educação Especial Equitativa). Desse modo, este trabalho propõe o seguinte problema: no âmbito do STF, quais sentidos constitucionais foram mobilizados em torno desses três casos relativos à pauta educacional bolsonarista? Para responder, além de uma pesquisa documental que se propõe analisar quais fatores interpretativos os ministros empregaram em sua interpretação, o trabalho também busca compreender os sentidos constitucionais defendidos por três atores adeptos da agenda educacional bolsonarista que estavam diretamente envolvidos nos casos selecionados, quais sejam: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (*amicus curiae* na ADPF nº 600); Associação Nacional de Educação Domiciliar (*amicus*

16 Bacharela e Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Email: gabrielasenadossantos@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8385981211979603.

curiae na RE nº 888.815); representantes de órgãos do Poder Executivo (audiência pública na ADI nº 6.590).

Palavras-chave: Direito à Educação; STF; Bolsonarismo.

Abstract: The rise of Bolsonarism aimed to destroy the educational model built since 88, seeking to promote a moral agenda, based on a "cultural war" of reactionary populism that aims to strengthen a "conservative identity" to contrast with what they point out as "equipment" and "indoctrination" left-wing ideology in education (Lynch; Cassimiro, 2022). In this context, there is a defense of the return of decision-making power to families (Abrucio, 2021), within the scope of the STF, such discussion could be seen in the judgments of RE nº 888.815 (homeschooling), ADPF nº 600 (School "Without" Party) and of ADI nº 6.590 (National Equitable Special Education Policy). Therefore, this work proposes the following problem: within the scope of the STF, what constitutional meanings were mobilized around these three cases related to the "bolsonarista" educational agenda? To respond, in addition to documentary research that aims to analyze which interpretative factors the ministers used in their interpretation, the work also seeks to understand the constitutional meanings defended by three actors who adhere to the Bolsonarist educational agenda who were directly involved in the selected cases, namely: National Association of Evangelical Jurists (amicus curiae at ADPF nº 600); National Home Education Association (amicus curiae in RE nº 888.815); representatives of Executive Branch bodies (public hearing audience at ADI nº 6.590).

Keywords: Right to Education; STF; Bolsonarism.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca compreender quais os sentidos constitucionais[17] foram mobilizadas no âmbito do Supremo Tribunal

17 Em razão do processo decisório do Supremo Tribunal Federal ser agregativo, uma vez que os votos não resultam em uma unificação, este trabalho compreende

Federal (STF) em casos relacionados à pauta educacional defendida pelo bolsonarismo. Nesse sentido, propõe-se uma pesquisa documental cujo objetivo é analisar quais argumentos estão presentes no tribunal em torno de três decisões selecionadas: o Recurso Extraordinário (RE) nº 888.815, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 600 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.590; estas não pretendem esgotar o tema[183], mas que se conectam e são permeadas pelo debate inaugurado pela ascensão do bolsonarismo.

Nesse sentido, ainda que o julgamento do RE nº 888.815 acerca do ensino domiciliar tenha ocorrido antes da posse do ex-presidente Jair Bolsonaro, é possível compreendê-lo como inserido dentro de um movimento de direita de defesa da família tradicional que germinou desde as manifestações de junho de 2013 (Lacerda, 2019) e como um importante eixo do governo Bolsonaro para deslegitimar o ensino público (Leher; Santos, 2023) e propagar uma defesa do retorno do poder decisório às famílias (Abrucio, 2021). De forma semelhante, a ADPF nº 600, julgada em 2020, que tratou da Escola Sem Partido e que evidencia a promoção de uma agenda moral com intuito de combater o debate sobre gênero e sexualidade nas escolas (Miguel, 2016). Por fim, a ADI nº 6.590 foi escolhida em razão de tratar sobre uma política do governo Bolsonaro, a Política Nacional de Educação Especial Equitativa, e por evidenciar uma estratégia do governo de tentar promover sua agenda populista e autoritária por meio da edição de decretos (Vieira et al., 2022).

Neste contexto, com base na identificação de contramovimentos apontados por Gomes (2016), que observou o surgimento e articulação de respostas críticas e antagônicas às decisões do STF favoráveis ao movimento LGBTQIAPN+, este trabalho foca na análise dos contramovimentos contrários aos paradigmas educacionais

como sentidos constitucionais a análise da interpretação constitucional sobre direito à educação, bem como o conjunto de raciocínios utilizados pelos ministros para a resolução dos casos concretos.

18 [3]Inclusive a ADPF nº 600 integra um conjunto de decisões julgadas pelo STF que declararam inconstitucionais leis municipais que proibiam o ensino sobre questões de gênero e sexualidade na rede pública.

estabelecidos desde a redemocratização, os quais foram reforçados pela jurisprudência do STF. O estudo se propõe a investigar os contornos dos sentidos constitucionais defendidos pelos adeptos da agenda educacional bolsonarista, em especial, aqueles mobilizados por três atores que estavam diretamente envolvidos nos casos selecionados, quais sejam: a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE — *amicus curiae* na ADPF nº 600); a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED — *amicus curiae* na RE nº 888.815)[19]; e os representantes de órgãos do Poder Executivo (audiência pública na ADI nº 6.590).

Dessa forma, a primeira parte deste texto busca compreender as razões pelas quais a ascensão do bolsonarismo é responsável por inaugurar um novo período de debates no campo educacional. Em um segundo momento, com intuito de analisar quais são os sentidos constitucionais em disputa no âmbito do STF, em cada uma das decisões selecionadas, optou-se por (i) expor os argumentos adotados pelos ministros em seus votos e, em seguida, (ii) identificar os discursos presentes nas manifestações dos *amicus curiae* e na audiência pública feita na ADI nº 6.590 para a sustentação de sua agenda moral na educação.

Por fim, teve como objetivo refletir sobre como o bolsonarismo forçou o STF a inaugurar um novo momento de discussão em sua jurisprudência sobre direito à educação, em razão desses contramovimentos que defendem a preponderância da família sobre a educação dos filhos e a diminuição do papel do Estado. Assim, foi possível observar que, apesar de derrotas importantes diante do plano de governo bolsonarista, o sentido constitucional sobre o tipo de educação que todas as pessoas devem receber ainda está em disputa, especialmente, devido à interpretação constitucional adotada sobre educação domiciliar.

19 A escolha das associações se deu em razão de que em suas manifestações como *amici curiae* e em seus sítios oficiais defenderem de forma expressa o conservadorismo moral ou religioso.

2 PAUTA EDUCACIONAL, POPULISMO REACIONÁRIO E BOLSONARISMO

A Constituição de 1988 impulsionou uma expansão e inaugurou um novo modelo de políticas públicas, tendo como uma de suas características a concepção de universalização do acesso a direitos e serviços públicos. No campo educacional, além da educação passar a ter um maior espaço na agenda pública, no orçamento e no debate da sociedade, há uma transformação do próprio modelo educacional, no qual se fortalece uma visão pedagógica mais plural, democratizante e menos punitivista, sendo a aprovação da Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional de 1996 símbolo disso (Abrucio, 2021).

Nesse sentido, na educação a redemocratização simbolizou uma mudança histórica de percurso que, durante o período entre 2003 e 2013, pode ser percebida pelo aumento de demandas judiciais propostas perante o Supremo Tribunal Federal para a garantia da educação de crianças e adolescentes relativas ao acesso educacional (Scaff; Pinto, 2016) No entanto, a partir de 2015 há uma mudança de perfil de litígio que, segundo Ranieri (2017), passa a ser sobre direitos relativos à liberdade educacional cujo objetivo é que o Estado assuma uma posição abstencionistas e garanta direitos subjetivos no campo educacional. Nesse sentido, se antes o tribunal se debruçava sobre problemas coletivos, sobre acesso e permanência principalmente na educação básica, passa a discutir questões subjetivas que buscam que o Estado se ausente, como nos casos que trataram do ensino confessional (ADI nº 4.439) e do ensino domiciliar (RE nº 888.815).

O presente trabalho parte do pressuposto que a ascensão do bolsonarismo é responsável por um novo momento de discussão sobre direito à educação. Desse modo, sendo um dos objetivos deste trabalho investigar o legado bolsonarista na educação, é necessário compreender quais são os pressupostos centrais que permeiam o bolsonarismo e que, por esse motivo, permeiam os sentidos constitucionais em disputas no debate educacional.

Lynch e Cassimiro (2022) compreendem que o bolsonarismo pode ser enquadrado no que denominam de populismo reacionário. Por esse motivo, dando um passo atrás, a relação entre democracia e populismo é extensa e acomoda tanto visões negativas que o compreende como uma ameaça à democracia, quanto positivas que concebem que o populismo pode funcionar como um corretivo da democracia a partir da reunião de setores excluídos (Mudde; Kaltwasser, 2017). No entanto, para os objetivos deste trabalho o importante é compreender o que seria o populismo radical de direita e o que o diferencia de movimentos conservadores tradicionais, a partir da radiografia ideológica do governo Bolsonaro desenvolvida por Lynch e Casimiro (2022).

Desse modo, para os autores a coalizão governista de Bolsonaro não almeja, como o conservadorismo liberal, conservar as instituições e valores fundamentais, mas de perspectiva reacionária objetiva romper com a ordem atual e resgatar um passado perdido. Nesse sentido, é ancorada em uma "civilização judaico-cristã ocidental" e seus atores ideológicos não compreendem como civilização o que se delineia desde o século XVIII, assim, repudiam valores como pluralismo, tolerância, Estado de Direito e laicidade. Há um confronto entre o culturalismo representativo do "povo verdadeiro" e um "antipovo" de feição progressista. Os primeiros objetivam promover uma agenda moral, construída a partir da ideia do inimigo e de uma guerra cultural que está em confronto com o que denominam de aparelhamento e doutrinação ideológica de esquerda na educação (Lynch; Cassimiro, 2022).

Ainda que por outra chave-teórica que não a do populismo reacionário identificado pelos referidos autores, o trabalho de Lacerda (2019) tem o mérito de demonstrar a evolução gradual do bolsonarismo, fenômeno que precede a figura que lhe empresta o nome. A autora analisa como o crescimento do discurso de direita, desde as manifestações de junho de 2013, ainda que incipiente e fragmentada, já permitia identificar a origem de uma reação conservadora no Brasil. No entanto, é após a derrubada da presidenta

Dilma Rousseff e, em especial, na legislatura iniciada em 2015 em que há a expansão e consolidação de uma direita em defesa da família tradicional. É também nesta legislatura que Jair Bolsonaro quintuplica seus votos e pavimenta o caminho para sua vitória presidencial em 2018.

Nesse sentido, a autora compreende que há um neoconservadorismo brasileiro que está localizado em parte dessa direita política que levou a eleição de Bolsonaro. Seu diferencial, assim como o neoconservadorismo estadunidense, é uma atuação da direita cristã na defesa da ideia de família tradicional, e não o Estado, que desempenha um papel de corrigir disfunções sociais (Lacerda, 2019). Tal defesa é uma resposta ao aumento de espaço na sociedade e a institucionalização de algumas demandas de movimentos feministas e LGBTQIAPN+, por conseguinte, a partir da reação há a formação de contramovimentos como apontado por Gomes (2016) e a radicalização da ação política desses grupos políticos.

Em trabalho recente, Barboza e Buss (2022) observaram como esses contramovimentos atuaram estrategicamente no Supremo Tribunal Federal em casos que envolviam direitos da comunidade LGBTQIAPN+. Nesse contexto, a criação de um inimigo e da propagação do medo, a partir de uma ótica militarizada sinalizada por Lacerda (2019), mostra-se imprescindível para essa retórica que tem como objetivo combater as teorias de gênero e visualizam como inimiga da nação a comunidade LGBTQIAPN+. Assim, a rejeição ao debate sobre gênero e sexualidade é o elemento chave nessa retórica, que busca proteger valores morais e religiosos de preservação de uma verdade biológica e combater a identificação subjetiva de gênero. Tais grupos no Brasil possuem fortes bases cristãs, sendo associados ao movimento evangélico e à Igreja Católica, mas é preciso não perder de vista que, especialmente no Congresso Nacional, também se articulam com outros setores que defendem interesses da agropecuária, da segurança pública e dos militares (Barboza; Buss, 2022; Miguel, 2016).

O ambiente escolar e os discursos em disputa, entre escolarização e autoridade familiar, são um importante exemplo de uma mudança

estratégica desses grupos diante o crescimento do combate à homofobia e os sexismo nas escolas. Nesse sentido, se inicialmente a ideia de uma Escola sem Partido se concentrava apenas no campo político, combatendo principalmente a "doutrinação marxista", o debate é transferido para um campo "moral" para combater a "ideologia de gênero" (Miguel, 2016). Assim, o Movimento Escola Sem Partido é símbolo de como esses contramovimentos são capazes de aglutinar diferentes grupos, sendo resultado de uma aliança entre setores conservadores e denominações religiosas em defesa do papel inviolável da família na educação de crianças e adolescentes (Miguel, 2016). Desse modo, não sendo possível que professores e coordenadores pedagógicos possam expressar concepções de mundo contrários aos valores da família, com intuito de fomentar uma educação e aprendizado plural, o resultado inevitável é o falecimento da ideia de escola como lugar de construção da autonomia do indivíduo para o seu desenvolvimento pleno como pessoa e como cidadão (Abrucio, 2016), como disposto pela Constituição de 1988.

Outro exemplo dessa aliança, é o movimento em defesa da regulamentação do *homeschooling* no Brasil, enraizado em valores religiosos fundamentalistas, que tem por objetivo combater uma suposta doutrinação do ensino regular brasileiro, a partir do controle rigoroso da família sobre os valores, ideias e conteúdos a serem repassados durante o processo educacional de crianças e adolescentes (Cecchetti; Tedesco, 2020). Ademais, o ensino domiciliar em conjunto com a conversão das escolas públicas em escolas cívico-militares foram estratégias do governo Bolsonaro na educação para deslegitimar a instituição escolar pública (Leher; Santos, 2023).

É relevante destacar que, portanto, há uma aliança desses contramovimentos em torno do debate sobre ensino domiciliar e escola sem partido, sendo discussões complementares. Nesse sentido, é possível compreender as motivações do porquê desde 2020, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos, que defendeu a proibição da discussão sobre sexualidade e gênero nas escolas, celebrou uma parceria com a Associação Nacional de Educação Domiciliar com

intuito de se apoiarem em questões comuns na defesa da valorização da família e na educação infanto-juvenil (ANAJURE, 2021).

3 O RE Nº. 888.815: O ENSINO DOMICILIAR ENTRE UMA POSSIBILIDADE E UM DIREITO

O RE nº 888.815 teve origem em um mandado de segurança impetrado pelos pais em nome de incapaz, contra ato da Secretaria Municipal de Educação de Canela/RS que negou a solicitação de ensino domiciliar e recomendou a imediata matrícula na rede municipal de ensino. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, confirmando a decisão de primeira instância, negou o direito de educação domiciliar ao recorrente com base na inexistência de previsão legal. Nesse contexto, o recurso extraordinário em questão foi interposto contra o acórdão sustentando que a obrigatoriedade de matrícula em rede regular de ensino encontra-se apenas em plano infraconstitucional, não havendo, portanto, uma obrigação constitucional e um dispositivo no ordenamento jurídico que impeça tal prática.

Desse modo, em 2018 foi proferido o julgamento e é possível fazer a seguinte divisão de entendimento da Corte. O ministro Luís Roberto Barroso, relator do acórdão, compreendeu pelo provimento do recurso em razão de que o ensino domiciliar consiste em um direito de escolha da família, tal entendimento foi acompanhado pelo ministro Edson Fachin que apenas ressaltou a necessidade de ser fixado um prazo para regulação legislativa. De outro modo, a tese vencedora foi a encabeçada pelo Ministro Alexandre de Moraes, que fixou: "Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira" (Tema nº 822).

No entanto, apesar deste entendimento ter sido acompanhado pelos demais ministros e ministras, destacam-se os votos dos ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski que pontuaram a

inconstitucionalidade do ensino domiciliar, tal compreensão não observada pelo Ministro Alexandre de Moraes que compreende a possibilidade de tal modalidade de ensino desde que seja regulamentada no plano infraconstitucional.

Em seu voto vencido, o ministro Barroso, formulou duas perguntas a serem respondidas ao longo de sua argumentação, a primeira acerca da possibilidade ou não dos pais de uma criança ou adolescente escolherem pelo ensino domiciliar ou se, na verdade, a Constituição estabelece a obrigatoriedade de matrícula em ensino oficial. A segunda pergunta é de que se no caso de haver a possibilidade de se optar pelo ensino domiciliar, quais seriam os parâmetros e obrigações a serem respeitados, tendo em vista a inexistência de uma legislação regulamentadora. A partir disso, constrói seu entendimento que o ensino domiciliar é compatível com a Constituição de 1998, em especial por auxiliar para o desenvolvimento normal e pleno da criança e do adolescente; por respeitar o direito de escolha dos pais na criação de seus filhos e, por fim, por contribuir para formação da cidadania desses indivíduos.

Antes de adentrar efetivamente nas respostas das duas perguntas, o ministro traça um panorama geral acerca do funcionamento do ensino domiciliar no mundo e no Brasil. Contudo, é preciso pontuar que os países citados, e que segundo o próprio ministro contém "processos civilizatórios inspiradores", estão localizados na América do Norte e na Europa, com realidades de renda e riqueza bastantes diferentes do Brasil. Tais exemplos estrangeiros são citados como forma de demonstrar que o *homeschooling* é uma prática comum nesses países, que não parece prejudicial ao desenvolvimento escolar de crianças e adolescentes, sendo uma posição minoritária nos países que optaram pela sua proibição. Ademais, cita que apesar de não haver dados oficiais acerca do número de famílias que adotam o ensino domiciliar no Brasil, a Associação Nacional de Educação Domiciliar aceita como *amicus curiae* estima que existam cerca de 3.200 que adotam esse método pedagógico.

Nesse contexto, um dos argumentos que chamam bastante atenção é a visão restrita de socialização que para o ministro a escola apesar de ser um local de transformação cultural e promotor da igualdade, não é a única. Para sustentar tal argumento o ministro retorna ao exemplo estadunidense que revelou a partir de pesquisa empíricas que essas crianças e adolescentes por terem um ensino mais individualizado e uma agenda de horários mais personalizados participam de mais atividades extracurriculares em comparação às demais crianças, por conseguinte, tais atividades preenchem a necessidade de socialização que em um primeiro momento seria ocupada pela escola. Não obstante, é preciso questionar se o argumento não revela uma visão restrita sobre qual classe pertence a essas famílias que poderiam oferecer tais atividades e que poderiam priorizar o *homeschooling*.

Para o relator, a Constituição impede a proibição do ensino domiciliar e, a partir de uma interpretação extraída do artigo 209, sugere inclusive que tal tipo de ensino seja regulamentado, uma vez que, para ele, o significado de 'o ensino é livre à iniciativa privada' também abrange um 'conjunto de liberdades existenciais', dentre elas o direito de a família ensinar os seus filhos em casa. Por fim, nota-se na argumentação do ministro parte de um certo preciosismo do núcleo familiar a partir da ideia de que "de uma maneira geral, é que os pais querem o melhor para seus filhos", nesse sentido, o direito de escolha por esse método pedagógico deve ser protegido, pois se os familiares fizeram tal opção é porque acreditam que isso formaram crianças e adolescentes "cidadãos melhores" e "pessoas mais felizes".

O redator do acórdão, o ministro Alexandre de Moraes, corrobora com entendimento do relator de que a Constituição não veda expressamente ou implicitamente o ensino domiciliar no Brasil, contudo, diverge no sentido que não o compreende como um direito subjetivo público, mas sim como uma possibilidade subordinada à regulamentação pelo Congresso Nacional. Dessa forma, para o ministro, a com base na análise conjunta dos artigos 226, 227 e 229 da Constituição que consagra a solidariedade conjunta entre família,

sociedade estado, com os artigos 205, 206 e 208 que garantem à criança e ao adolescente direito à educação, não há uma vedação absoluta ao ensino domiciliar no Brasil, tendo em vista que o Poder Público não goza de exclusividade do fornecimento do ensino básico, ao possibilitar a existência de instituições públicas e privadas.

O ministro Alexandre de Moraes para além de uma preocupação com o acompanhamento da avaliação pedagógica pelo Poder Público daqueles que optem pelo ensino domiciliar, que já havia sido suscitada pelo ministro Barroso, traz a questão da evasão escolar enquanto garantia de socialização do indivíduo, tendo em vista que dentre cem países o Brasil possui a terceira maior taxa. Nesse sentido, o ministro alerta que sem o controle de frequência e avaliações pedagógicas e de socialização é possível que o *homeschooling* se transforme em fraude para a ocorrência de evasão escolar.

Nessa perspectiva, apesar de defender o que denominou de "ensino domiciliar utilitarista", um modelo que seria adotado em casos específicos – como de bullying, drogas nas escolas e violência – argumenta a impossibilidade de o tribunal simplesmente permitir a autoaplicabilidade sem a necessária fiscalização, supervisão e avaliação regulamentada pelo Congresso Nacional. Desse modo, a tese vencedora se mostra curiosa, pois ao mesmo tempo que entende que a Constituição não veda o ensino domiciliar, não o compreende como um direito fundamental e, por esse motivo, a "criação dessa modalidade de ensino não é uma obrigação congressual" (Brasil, 2018, p. 71).

Os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, apesar de terem seguido o voto do redator, em seus votos individuais são bastantes vocais na sua compreensão acerca da inconstitucionalidade do ensino domiciliar no Brasil. Assim, compreendem que há uma obrigatoriedade de as crianças em idade escolar estarem matriculadas na rede regular de ensino e frequentarem as aulas, em consonância com o arcabouço normativo formado pelos constituintes originários, pelo legislador e pelo administrador. E, portanto, segundo Fux, "isso demonstra que o ensino domiciliar é, não apenas inconstitucional,

mas também incompatível com o nosso ordenamento" (Brasil, 2018, p. 110). Ademais, o ministro alerta sobre o problema de um resultado condicionado ao legislativo, afirmando que "vamos dizer que o *homeschooling* é constitucional se vier uma lei..." (Brasil, 2018, p. 162).

O ministro Lewandowski faz referência aos sistemas estrangeiros que adotam o *homeschooling* citados e entende que apesar de serem importantes para suscitar reflexão, não está convencido que são exemplos a serem seguidos pelo Brasil, no qual desigualdade, pobreza e exclusão social são sentidas de forma mais dramática. Nesse sentido, sustenta que, ao garantir a opção do ensino domiciliar para as famílias, como no caso concreto, que detêm condições econômicas para fornecer uma educação em casa, em outra via, pode-se ter o efeito de contribuir para o estímulo do trabalho infantil e agravar ainda mais outras graves mazelas que fazem parte da sociedade brasileira. Desse modo, compreende que o ensino domiciliar não pode ser considerado meio lícito para se atingir os objetivos educacionais previstos pelo artigo 205 da Constituição Federal.

Em síntese, enquanto o ministro Luís Roberto Barroso defende o ensino domiciliar como um direito constitucional da família a partir da garantia de um direito subjetivo de liberdade de escolha das famílias, o ministro Alexandre de Moraes, ao defender a tese vencedora, argumenta que o ensino domiciliar não é um direito subjetivo previsto na Constituição, mas também não é expressamente proibido, por esse motivo, a criação dessa modalidade de ensino necessita de regulamentação legislativa. Por fim, as posições dos ministros Fux e Lewandowski chamam a atenção, pois, apesar de terem acompanhado o entendimento da tese vencedora, argumentam sobre a incompatibilidade do ensino domiciliar com o ordenamento constitucional brasileiro

3.1. MANIFESTAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR COMO *AMICI CURIAE*

Em sua petição de manifestação como *amici curiae*, a Associação Nacional de Educação Domiciliar em uma perspectiva geral apresenta uma visão de mundo específica acerca das escolas brasileiras. Em primeiro lugar, segundo a associação, em razão de um entendimento praticamente unânime entre pedagogos e filósofos, tem-se a ideia de que a escola não é e nem deve ser um ambiente valorativamente neutro e, ainda, é citado Paulo Freire e sua ideia de que a escola deve ser um lugar politicamente engajado. Apesar da manifestação não citar a partir de quais referências e pesquisas se baseiam tais informações, em determinado momento pontua que, atualmente no Brasil, o sistema escolar adota uma concepção pedagógica declaradamente antirreligiosa em razão de que após a década de 60 a educação pública brasileira recebeu uma intensa influência de autores marxista, em especial, de Paulo Freire. Por esse motivo, tal formação pedagógica ameaça o direito da família de educar suas crianças e adolescentes a partir de suas convicções.

Ademais, compreende que além do sistema educacional brasileiro não ser um ambiente neutro, promove uma "uniformização cultural" a partir da elaboração de um currículo nacional unificado e, assim, refuta a ideia da escola como um lugar de promoção de pluralismo de ideias e diversidade. Nesse sentido, há uma necessidade a parte da preservação da dignidade da pessoa humana a partir da individualização da educação, uma vez que pode haver um conflito entre liberdade religiosa e de crenças e a educação não neutra promovida pelas escolas.

É interessante notar que para robustecer este argumento a associação utiliza o precedente que declarou constitucional a união estável entre pessoas do mesmo sexo por ter sido um caso em que o STF compreendeu que o Estado deve adotar uma postura neutra em questões religiosas e, ainda, deve garantir a proteção de crenças e convicções minoritárias em contraponto a qualquer forma de

"assimilação forçada dentro da cultura predominante". Ademais, defende que o *homeschooling* não estaria restrito a uma parcela mais elitizada, mas que classes sociais de baixa renda seriam as principais atingidas em um "processo de destruição cultural", uma vez que estariam limitadas a rede pública de ensino. Assim, o ensino domiciliar seria para essa concepção um refúgio do sistema educacional regular que promove um processo massificado e que ameaça a liberdade religiosa.

É nesse contexto que se desenvolve talvez o principal argumento defendido pela associação que é o da sobreposição do papel da família na educação de crianças e adolescentes, limitando ao poder estatal um papel subsidiário. Assim, cabe ao Estado promover os serviços educacionais, estabelecer e fiscalizar parâmetros mínimos da qualidade educacional, mas não sob nenhuma circunstância interferir na esfera privada dos indivíduos e da família, salvo nos casos quando estes se encontrem desprovidos de amparo, proteção, educação e outros direitos fundamentais.

Desse modo, compreendem que quando a Constituição estabelece no artigo 208, § 3º o dever do Poder Público junto aos pais ou responsáveis zelar pela frequência das crianças e adolescentes matriculadas nas instituições de ensino, não há aqui uma proibição ao *homeschooling,* mas o constituinte está se referindo a um dever do estado, inclusive pela localização do dispositivo na Carta Constitucional. Cabe mencionar que tal argumento também foi utilizado no voto do ministro Barroso[20].

20 Segundo o ministro "diferentemente do que afirmado pelos opositores ao ensino domiciliar, contudo, a finalidade do art. 208, § 3º não é adotar a escolarização como único método de ensino autorizado pela ordem constitucional, mas sim assegurar que os pais optantes por essa modalidade fiscalizem a frequência de seus filhos nos bancos escolares e que o poder público realize o devido recenseamento dos alunos. Não se trata aqui de uma proibição ao homeschooling, mas sim de um reforço ao dever do Estado e dos pais optantes do ensino escolar de acompanharem a presença das crianças e adolescentes matriculadas em instituições de ensino. E mais: a norma está claramente inserida em artigo específico que trata do "dever do Estado com a educação" (art. 208, caput) e não do dever dos pais com a educação" (Brasil, 2028, p. 48).

Por fim, sobre a questão da socialização, há em primeiro lugar uma acusação de que os argumentos contrários ao *homeschooling* com base da inadequabilidade família em promover aos indivíduos valores de uma sociedade pluralista e democrática, na verdade, revela "um inaceitável preconceito contra a família brasileira", e que na verdade a escola que seria um ambiente de promoção de violência social.

Ademais, para refutar o argumento de que o ensino domiciliar não é capaz de atender aos objetivos constitucionais de socialização e formação cidadã, cita pesquisas empíricas realizadas no Estados Unidos que demonstram que crianças e adolescentes educados em casa tiveram resultados iguais ou superiores aos que frequentaram o ensino regular ao longo da vida, em razão de terem conseguido desenvolver atividades extracurriculares em sua formação. Apesar de tal argumentação ter sido afastada ou ponderada pelos votos vencedores, é possível observar sua reverberação no voto do ministro Luís Roberto Barroso.

Por fim, para além das pesquisas empíricas, chama atenção o argumento utilizado para refutar a preocupação de que o ensino domiciliar possa gerar indivíduos com uma mentalidade totalitária. Nesse sentido, para a associação o Brasil se mostra como um país cordial, no qual as diferenças religiosas e as práticas de culto coexistem em relativo clima de respeito à diversidade.

4 A ADPF Nº. 600: ENTRE ESCOLA SEM PARTIDO E ESCOLA COM INSTRUMENTO ANTIDISCRIMINATÓRIO

Em 2019, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e a Associação Nacional de Juristas pelos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Intersexuais (ANAJUDH LGBTI) propuseram a ADPF nº 600 questionando à Emenda à Lei Orgânica nº 55, de 14 de setembro de 2018, do município de Londrina, estado do Paraná. Nesse contexto, o artigo 165-A da Lei Fundamental do Município foi alterada e passava

a proibir a adoção de conteúdos que tenderiam a aplicar a ideologia de gênero ou o conceito de gênero estipulado pelos princípios de Yogyakarta.

O voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, apesar de se deter a questão da repartição de competência entre os entes federativos, a partir do argumento de que a norma questionada ao vedar a adoção de política educacional que trate de gênero ou de orientação sexual invade competência privativa da União de legislar sobre as diretrizes do sistema educacional (CF/88, artigo 22, XXIV), também se detém a outras questões substanciais acerca dos meandros do direito à educação.

Uma delas é o desenvolvimento do direito à educação como provedor do pleno desenvolvimento da pessoa associado tanto a sua capacitação para cidadania, com base em uma noção coletiva de desenvolvimento humanístico do país (CF/88, artigos 205 e 214). Nesse sentido, a partir dessa concepção de educação emancipadora, o pluralismo de ideias e a liberdade de aprender e ensinar devem ser assegurados. Por essa razão, a norma em questão conflita com tal concepção, ao proibir que alunas e alunos tenham acesso a conteúdos que de forma inevitável terão na vida em sociedade e, ainda, ao restringir tenham acesso a um trânsito de ideais diferentes das suas para que possam desenvolver uma visão crítica.

Outro argumento compartilhado pelo voto do relator e do Ministro Alexandre de Moraes é acerca do direito à educação como instrumento de promoção do direito à igualdade. O ministro Alexandre de Moraes é mais sucinto e se restringe a pontuar que a norma ao impor um silêncio por meio de uma censura prévia, além de violar a liberdade de expressão, debilita ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia e afronta os objetivos republicanos de promoção da igualdade (art. 3º, IV, da CF), bem como do princípio da igualdade perante a lei (art. 5º).

Já o ministro Luís Roberto Barroso compreende a escola não apenas como um local essencial para formação e construção de visão de mundo do indivíduo, mas também como um ambiente de

transformação cultural, formador da cidadania e promotor da igualdade de uma sociedade aberta à diferença. Desse modo, proibir o uso dos termos gênero e orientação corresponde a impedir e invisibilizar questões que compõem uma sociedade plural e, por esse motivo, impedir a superação da exclusão social e promover a perpetuação da discriminação. Ademais, a promoção da educação sexual se relaciona a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227) ao possibilitar sua autocompreensão e garantir sua liberdade e autonomia, por conseguinte, tal educação integra o regime especial de proteção desse grupo específico permitindo que se desenvolvam plenamente, além de conferir proteção contra discriminação e violência. Desse modo, afirma que "é na escola que se pode aprender que todos os seres humanos são dignos de igual respeito e consideração" (Brasil, 2020, p. 21).

4.1. MANIFESTAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS COMO AMICI CURIAE

A Associação Nacional de Juristas Evangélicos consiste em uma entidade civil com fins não econômicos, fundada em 2012, e reúne advogados, juízes, desembargadores, promotores, procuradores, acadêmicos e bacharéis. Segundo sua própria petição de manifestação como *amici curiae* na ADPF nº 600 tem como objetivo "a defesa das liberdades civis fundamentais - em especial religiosa e de expressão - e a promoção dos deveres e direitos humanos fundamentais" (Associação Nacional de Juristas Evangélicos, 2019, p.4).

Ao longo de sua manifestação, um dos primeiros argumentos suscitados em favor da proibição dos termos "gênero" e "orientação sexual" na emenda constitucional questionada, foi o de que o ensino regular brasileiro está sob ameaça da teoria de gênero. Para a associação, tal teoria ao negar a ideia tradicional de uma sexualidade natural presente na raça humana, com base na divisão biológica "homem" e "mulher", não detém comprovação biológica científica.

Nesse sentido, seria razoável que as escolas brasileiras adotem uma corrente teórica que se resume a uma construção social fruto da pós-modernidade.

Além disso, a adoção da teoria de gênero no ensino regular viola o direito dos pais de influir na educação da família, por conseguinte, mais uma vez, é possível observar uma centralização do papel da família com base na noção de que ela é a responsável prioritariamente pela formação moral e religiosa das crianças e adolescentes. Desse modo, com base em sua interpretação de dispositivos constitucionais e tratados internacionais, defende a ideia de que se há uma preponderância da família na condução do ensino de convicções morais, a teoria de gênero adotada nas escolas viola a primazia dos pais na educação moral dos filhos.

Outra estratégia argumentativa mobilizada centrou-se em sustentar que o texto do dispositivo normativo não contraria as diretrizes do Plano Nacional de Educação, em razão de não adotar a teoria de gênero em sua regulamentação. Desse modo, o dispositivo questionado não invade a competência privativa da União de legislar sobre as diretrizes do sistema educacional, pois apenas corresponde ao que já estabelece o PNE. Por fim, a associação rebate a argumentação suscitada pelo requerente da ADPF nº 600 de que a defesa da exclusão das teorias de gênero da educação está ligada a uma vertente religiosa específica, violando a laicidade estatal. Para a entidade, trata-se de uma ideia que compreende o fenômeno religioso como um inimigo a ser retirado do espaço público, tal argumento reforça a ideia de que há uma "guerra cultural" em curso.

5 ADI Nº. 6.590: A EDUCAÇÃO ENTRE INCLUSÃO E SEGREGAÇÃO

Em 2020, o Partido Socialista Brasileiro propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Decreto nº 10.502/2020 que institui a "Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida" (PNEE 2020). O ministro Dias Toffoli

concedeu a medida cautelar suspendendo o decreto por compreender que o decreto inova no ordenamento jurídico, não se limitando a detalhar as disposições da Lei de Diretriz e Bases da Educação Nacional, mas promover uma nova política educacional nacional que poderia a vir fundamentar políticas públicas que fragilizam o imperativo da inclusão, em especial, para estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino.

Acerca dos argumentos que permearam o voto do relator, um ponto central é o do paradigma da educação inclusiva como fruto de um processo de conquistas sociais que se afastaram da ideia segregacionista de que pessoas com deficiência ou necessidades especiais deveriam ser separadas do restante da comunidade. Nesse sentido, a existência de escolas e classes especializadas passa a ser exceção e não a regra, o ordenamento constitucional não dispõe acerca da proibição de escolas especializadas, ressaltando que se dará "preferencialmente" a inclusão de pessoas com deficiência na rede regular de ensino (art. 208, inciso III).

Desse modo, a PNEE de 2020 parece confrontar tal paradigma ao não enfatizar a absoluta prioridade da matrícula dos estudantes com deficiência ou necessidades especiais no sistema educacional geral e, ainda, quando trata de uma categoria específica de escolas regulares inclusivas como se existisse a possibilidade de haver escolares regulares não-inclusivas. A questão é que a educação inclusiva tem o objetivo de reunir alunas e alunas com ou sem deficiência ou necessidades especiais em um único ambiente inclusivo e plural, obrigando a necessidade de adaptação de todo o sistema de educação regular e não a criação ou implementação de uma nova instituição.

Portanto, a partir de uma interpretação sistemática de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, o paradigma que se estabelece é que o Poder Público deve adotar a educação na rede regular de ensino como ponto de partida para a educação especial. Assim, a Política Nacional de Educação Especial proposta pelo decreto questionado ao atribuir o ensino regular como uma mera alternativa

dentro do sistema de educação especial acaba por confrontar tal paradigma.

O plenário, por maioria, confirmou a decisão do relator. No entanto, o objeto da ADI nº 6.590 restou prejudicado, tendo em vista que o Decreto nº 10.502/2020 foi revogado por decreto posterior, por conseguinte, o mérito da ação não foi julgado. Apesar disso, a ADI nº 6.590 provocou audiência pública que contou tanto com a presença de representantes do Poder Executivo, quanto de vários representantes da sociedade civil e órgãos focalizados nos direitos das pessoas atingidas pelo decreto, sendo alvo de intenso debates e, por isso, sendo uma ação importante para firmar alguns paradigmas constitucionais acerca do direito à educação.

5.1 MANIFESTAÇÃO DOS REPRESENTANTES DE ÓRGÃO DO PODER EXECUTIVO DURANTE A AUDIÊNCIA PÚBLICA

Durante a audiência pública da ADI nº 6.590, as manifestações dos representantes de órgão do Poder Executivo recorreram a alguns elementos argumentativos observados nas ações anteriores analisados no presente trabalho, como o direito à liberdade de escolha e pluralidade de ideias e o respeito à escolha da família sobre a educação das crianças e adolescentes. Nesse contexto, para a diretora de Acessibilidade, Mobilidade, Inclusão e Apoio a Pessoas com Deficiência do Ministério da Educação (MEC), na época, Nídia Regina Limeira, a imposição de único modelo de ensino não simboliza o respeito à diferença, por conseguinte, a PNEE 2020 ampliava os direitos conquistados promovendo uma diversidade pedagógica. Segundo a diretora, as escolas especiais são um instrumento para que se alcance em um momento apropriado a efetiva aprendizagem nas classes comuns, sendo uma possibilidade de escolha quando se mostrar como melhor alternativa a partir da ótica da pessoa com deficiência e de sua família com apoio de equipe multidisciplinar.

A ex-secretária Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Priscilla Roberta Gaspar, destacou que em contraste com a PNEE 2008 que ao estabelecer somente às classes comuns não respeitando a diversidade e a diferença e, por esse motivo, violando à liberdade de escolha e o pluralismo de ideias pedagógicas, a PNEE 2020 cria possibilidades de escolha para que a família e as crianças tenham o direito de optar. Uma fala que chama atenção e que acaba por reiterar uma posição do governo favorável ao ensino domiciliar e ao ensino à distância, segundo a da ex-secretária "a PNEE cria possibilidades de escolha, seja o ensino domiciliar, seja a classe comum, a classe especial, a tele aula ou o ensino presencial, não existe um único Brasil, um único formato diversidade de necessidades" (Brasil, 2021b).

A ex-assessora especial do MEC, Inez Augusto Borges e ex-secretária de Modalidades Especializadas de Educação do Ministério da Educação, Ilda Ribeiro Peliz, pontuam que o Decreto nº 10.502/2020 não promove à discriminação e a segregação, mas objetiva consolidar uma "verdadeira inclusão" ao respeitar as especificidades individuais, por conseguinte, tem o objetivo de olhar para uma minoria que necessita de atendimento educacional especializado.

6 CONCLUSÃO

O resultado geral das três decisões julgadas pelo Supremo Tribunal Federal se monstra positivo por reafirmar garantiras instransponíveis do panorama constitucional que compõe o direto à educação no Brasil, isto é, deve-se garantir que a educação brasileira cumpra objetivos coletivos como de capacitação para cidadania e que seja um instrumento para superação da exclusão social. Além disso, que é imperativo que o ensino regular inclusivo é o paradigma em nosso ordenamento e que a existência de classes especializadas é uma exceção. Por fim, que a escolha familiar não é absoluta no processo educacional de crianças e adolescentes, uma vez que mesmo o ensino

domiciliar seja regulamenta pelo Congresso Nacional, será necessária uma fiscalização pelo Poder Público.

Desse modo, as decisões do STF corresponderam a derrotas importantes diante do plano de governo bolsonarista. No entanto, não se pode subestimar a estratégia dos grupos reacionários na disputa sobre o modelo educacional que todas as pessoas devem receber. Como visto na primeira seção deste trabalho, esses contramovimentos correspondem a um legado herdado pela ascensão do bolsonarismo em resposta a conquistas do campo progressista. Assim, é importante compreender como a estratégia desses contramovimentos de caráter reacionário se mostra no campo jurídico e sinalizar suas contradições.

É interessante notar como a questão da neutralidade é mobilizada de forma estratégica, no debate sobre ensino domiciliar, é defendida a ideia de que as escolas não são neutras, pois promovem uma "uniformização cultural", por esse motivo, tão pouco são plurais ou diversas. Assim, a defesa que é feita é de que se o ensino regular não promove o pluralismo, a solução é que se permita ensino domiciliar para que se preserve uma individualização da educação, uma vez que a formação pedagógica do ensino público brasileiro é capaz de gerar um conflito com a liberdade religiosa e de crença, ameaçando o direito da família de educar suas crianças e adolescentes a partir de suas convicções.

Ademais, o conceito de neutralidade também aparece na manifestação da ANAJURE, na defesa de que discussões sobre ideologia de gênero não devem ser feitas no espaço escolar, pois fazem deve-se garantir que a família detenha o controle sobre a educação moral dos filhos. Contudo, o que se debate na verdade, a partir da defesa pela proibição dos termos gênero e orientação sexual nas escolas, é uma vedação para que as crianças não tenham qualquer contato com discursos LGBTQIAPN+ e que o padrão heteronormativo de base cristã não seja de forma alguma questionado.

Dessa forma, a defesa pelo pluralismo de ideias e concepções pedagógicas é utilizado apenas para defender outras concepções de ensino que buscam destruir com modelo educacional construído desde

88[21], como a tentativa do Decreto nº 10.502/2020 que tentou quebrar com o paradigma constitucional de que alunos com deficiência devem ser atendidos, preferencialmente, pela rede regular de ensino. A tentativa feita pelo governo de Jair Bolsonaro foi a de descolocar o debate sobre como aperfeiçoar o ensino público regular para torná-lo mais inclusivo para sustentar um modelo em que prevalece a escolha dos pais e que possibilita a segregação entre crianças e adolescentes. Portanto, nos casos analisados o controle familiar se mostra imprescindível para que se combata o modelo educacional plural, universal e inclusivo firmado pela Constituição de 1988.

Na análise dos argumentos mobilizados por esses contramovimentos alguns elementos são comuns, em especial, a preponderância de uma lógica individual sobre educação e a busca por uma posição abstencionista do Estado, por esse motivo, argumentam recorrentemente sobre o direito à liberdade de escolha e pluralidade de ideias e o respeito à escolha da família sobre a educação das crianças e adolescentes. Dentre as questões suscitadas pelo bolsonarismo no espaço público, a interpretação constitucional do ensino domiciliar como uma possibilidade mostra-se a mais perigosa e demostra que o debate não foi encerrado e que incorporou alguns argumentos desses contramovimentos.

De forma mais evidente, o voto vencido do ministro Barroso no referido caso reflete a defesa da possibilidade do *homeschooling,* fundamentada no direito à liberdade de escolha e, ainda, baseada em uma idealização do núcleo familiar, que parte da premissa de que os pais e responsáveis sempre buscam o melhor para seus filhos e são capazes, se assim desejarem, de assumir tanto o ensino em casa quanto as atividades de socialização. De outro modo, embora a

21 Tal característica de se apropriar estrategicamente de elementos democráticos como o pluralismo ideias também foi identificado no trabalho de Barboza e Buss (2022), assim, tal discurso aparentemente democrático é mobilizado apenas na defesa de maximizar seus próprios direitos e liberdades, como a de ensinar seus filhos em casa, de matricular seus filhos em classes especiais e privá-los do debate sobre gênero e sexualidade nas escolas, não sendo extensível aos grupos considerados "inimigos" como a população LGBTQIAPN+.

posição majoritária não tenha reconhecido o ensino domiciliar como um direito subjetivo das famílias estabelecido pela Constituição, sua implementação por meio de lei federal é possível. Atualmente, o Projeto de Lei nº 1338 de 2022 (Brasil, 2022), que busca regulamentar o ensino domiciliar foi aprovado na Câmara dos Deputados em maio de 2022 e, no momento, encontra-se no Senado Federal, o que demonstra que esse projeto educacional segue em curso de forma sólida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernado Luiz. Bolsonarismo e Educação: quando a meta é desconstruir uma política pública. In: Avritzer, Leonardo; Kerche, Fábio; Marona, Marjorie. (org.). **Governo Bolsona: Retrocesso Democrático e Degradação Política.** 1ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2021, v. 1, p. 255-270.

ABRUCIO, Fernado Luiz. Contra a Escola sem Sentido. In: AÇÃO EDUCATIVA (org,) **A ideologia do movimento Escola sem Partido: 20 autores desmontam o discurso.** São Paulo: Ação Educativa, 2016. v. 1. p. 60-63.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR – ANED. **Petição de admissão como *amicus curiae.*** Brasília, 2016. RE nº 888.815. Volume nº 3 dos autos eletrônicos.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS – ANAJURE. **ANAJURE lança Programa de Apoio à Educação Domiciliar (PAED) - Anajure**. Brasília, DF: ANAJURE, 2021. Disponível em: <https://anajure.org.br/anajure-lanca-programa-de-apoio-a- educacao--domiciliar paed/#:~:text=A%20ANAJURE%20lan%C3%A7a%20oficialmente%2C%20neste>. Acesso em: 8 set. 2024.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS – ANAJURE. **Petição de admissão como *amicus curiae*.** Brasília, 2019. ADPF nº 600. Peça nº 35dos autos eletrônicos.

BARBOZA, E. M. DE Q.; BUSS, G. A estratégia do neoconservadorismo revelada em suas intervenções como amici curiae no STF: da autoridade moral religiosa à luta contra a "doutrinação" LGBTQIA+. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 1224–1261. abr. 2022. Disponível em: https://doi.org/10.1590/2179-8966/2022/66755. Acesso em: maio de 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 1338/2022.** Altera as Leis nºs 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), e 8.069, de 13 de julho de 1990, (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153194.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 600**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 17 de setembro de 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344415067&ext=.pdf. Acesso em: 2 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.590**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 12 de fevereiro de 2021a. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345649124&ext=.pdf. Acesso em: 2 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. Audiência Pública - Política Nacional de Educação Especial Equitativa (1/2).** 23 de agosto de 2021b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z8umZIV7Wfk&list=PL4NhQO2TTEibx194Xm1xjubS3574SWr9w>. Acesso em: set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 888.815**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339756257&ext=.pdf. Acesso em: 2 ago. 2024.

CECCHETTI, Elcio; TEDESCO, Anderson Luiz. Educação Básica em "xeque": Homeschooling e fundamentalismo religioso em tempos de neoconservadorismo. **Práxis Educativa**, Ponta Grossa *[S. l.]*, v. 15, p. 1–17, 2020. DOI: 10.5212/PraxEduc.v.15.14816.026.

Disponível em: https://revistas.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14816. Acesso em: set. 2024.

GOMES, J. C. A. **Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição.** 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LACERDA, Marina Basso**. O novo conservadorismo brasileiro: de Reagan a Bolsonaro.** Porto Alegre: Editora Zouk, 2019.

LEHER, R.; SANTOS, M. R. S. Governo Bolsonaro e autocracia burguesa: expressões neofacistas no capitalismo dependente. In: LEHER, R. (org.). **Educação no governo Bolsonaro: inventário da devastação.** São Paulo: Expressão Popular, 2023. p. 9-42.

LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique. **O populismo reacionário: ascensão e legado bolsonarista.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

MIGUEL, Luis Felipe. Da "doutrinação marxista" à "ideologia de gênero" - Escola Sem Partido e as leis da mordaça no parlamento brasileiro. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 590–621, Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/25163. Acesso em: 26 jul. 2024.

MUDDE, C.; KALTWASSER, C. R. **Populism: A Very Short Introduction**. [s.l.] Oxford University Press, 2017.

RANIERI, N. B. S. O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal. **Pro-Posições.** Campinas, v. 28, n. 2, p. 141–171, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1980-6248-2016-0008. Acesso em: out. 2022.

SCAFF, E. A. D. S.; PINTO, I. R. D. R. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. **Revista Brasileira de Educação**.

Rio de Janeiro, v. 21, n. 65, p. 431–454, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S1413-24782016216523. Acesso em: out. 2023.

VIEIRA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L. P.. Supremocracia e Infralegalismo Autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o Governo Bolsonaro. **Novos estudos CEBRAP.** São Paulo, v. 41, n. 3, p. 591–605, set. 2022. Disponível: https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2022.36106.009. Acesso em: out. 2023.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS FEDERAÇÕES PARTIDÁRIAS: O JULGAMENTO DA ADI 7021 PELO STF E SEUS REFLEXOS NA JUDICIALIZAÇÃO DA REFORMA POLÍTICA NO BRASIL

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PARTY FEDERATIONS: THE JUDGMENT OF ADI 7021 BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND ITS IMPACT ON THE JUDICIALIZATION OF POLITICAL REFORM IN BRAZIL

Renan Rodrigues Pessoa[22]

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar o instituto das federações de partidos políticos no Brasil a luz da evolução legislativa da medida no Congresso Nacional, a sua judicialização via STF por meio do julgamento da ADI n° 7021 e seus reflexos no processo de judicialização da reforma política no Brasil. Esta pesquisa se utilizou da metodologia qualitativa, tendo como estratégia de pesquisa o estudo das federações partidárias, no Brasil, por meio da Análise de Conteúdo de técnica de categorização temática e da Revisão de Literatura. Conclui que o julgamento da ADI 7021 pelo STF teve uma perspectiva diferenciada de outros casos julgados pela Corte ao se judicializar questões da reforma política, visto que os ministros do Supremo buscaram intervir de forma mínima no processo de definição das regras eleitorais, referendaram o programa de reforma política aprovado pelo legislador e sobretudo, resguardaram a segurança jurídica e a estabilização de expectativas.

Palavras-chave: Federações Partidárias; ADI 7021; Crise Democrática Brasileira; Judicialização da Reforma Política.

22 Mestre em Ciências Sociais (UFRN). Especialista em Direito Eleitoral, Direito Penal e Segurança Pública (IMADEC). Graduado em Direito (UFRN). Natal-RN, Brasil, renanpessoa13@gmail.com. Link do Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9086026311213666.

Abstract: This paper aims to analyze the institution of political party federations in Brazil, considering the legislative evolution of the measure in the National Congress, its judicialization via the Supreme Federal Court (STF) through the ruling on ADI No. 7021, and its impacts on the process of judicializing political reform in Brazil. This research employed a qualitative methodology, using the study of party federations in Brazil as the research strategy, through Content Analysis with a thematic categorization technique and literature review. It concludes that the STF's ruling on ADI 7021 took a different perspective compared to other cases judged by the Court in the context of political reform judicialization. The Supreme Court justices sought to minimally intervene in the process of defining electoral rules, endorsed the political reform program approved by the legislature, and, above all, safeguarded legal certainty and the stabilization of expectations.

Keywords: Party Federations; ADI 7021; Brazilian Democratic Crisis; Judicialization of Political Reform.

1 INTRODUÇÃO

Criada por meio da Lei n° 14.208/2021, as federações partidárias simbolizaram uma das medidas legislativas mais importantes instituídas para a reforma do sistema proporcional de lista aberta no Brasil. A federação é conceituada legalmente como uma aliança de dois ou mais partidos políticos que idealmente possuem afinidade programática, podendo se reunir para disputar a eleição como se fosse uma única agremiação, em nível federal, estadual e municipal e, tendo seus candidatos eleitos, devem seguir atuando em conjunto por todo o mandato, sob pena de severas funções.

Tal formato de junção de partidos que vigorou nas eleições de 2022 e está sendo praticado durante o pleito municipal de 2024, por ora, não escapou de questionamentos no âmbito legislativo e judicial. No meio parlamentar, foram perceptíveis os questionamentos de

deputados e senadores quanto ao efetivo caráter substitutivo das federações às coligações, extintas por meio da Emenda Constitucional n° 97/2017.

No Judiciário, a medida foi colocada a prova por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 7021 interposta no Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto, foram visíveis as indagações sobre qual o lugar estava reservado às federações de partidos numa democracia em crise como a brasileira. Inicialmente, porque foi na Suprema Corte brasileira que se definiu se as federações atendiam ou não ao modelo proposto pelo legislador desde o advento da EC 97/2017. E em segundo ponto e não menos relevante, foi nesta arena pública que foi decidido se tal composição de partidos seria capaz de dar mais robustez programática aos partidos políticos.

Diante das problemáticas apresentadas, este trabalho tem como objetivo analisar o instituto das federações de partidos políticos no Brasil a luz da evolução legislativa da medida no Congresso Nacional, a sua judicialização via STF por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 7021 e seus reflexos no processo de judicialização da reforma política no Brasil.

No propósito de efetivar os objetivos elencados, fez-se uso do método qualitativo para uma melhor compreensão do objeto examinado, sem compromisso com uma visão de mundo única, mas dentro de uma lógica inferencial válida (Creswell, 2009).

Dessa forma, além da abordagem qualitativa, esta pesquisa se caracterizou descritiva em relação aos objetivos; documental e bibliográfica em relação aos meios; e indutiva em relação aos fins, tendo como estratégia de pesquisa o estudo da judicialização das federações partidárias no Brasil por meio da Análise de Conteúdo de técnica de categorização temática e da Revisão de Literatura.

Escolhemos a metodologia da Análise de Conteúdo para classificar e categorizar os conteúdos de natureza documental desta pesquisa, aplicando-os para o exame das produções acadêmicas, projetos legislativos, jurisprudências, normativas e discursos dentro da perspectiva adotada por Rocha e Deusdará (2006) e Colbari (2014).

Assim, das diferentes técnicas da Análise de Conteúdo, optamos pela categorização temática no propósito de classificar e categorizar as características ou elementos fracionados no objeto da pesquisa de modo a evidenciar os elementos-chave a serem comparados entre si.

Quanto às fontes de pesquisa utilizadas, selecionamos como ferramentas para a avaliar a constitucionalização das federações partidárias no Brasil, as publicações realizadas, nos últimos anos, pelos pesquisadores da área do Direito Político sobre as coligações e federações; a Constituição e a legislação eleitoral vigente a utilização do Portal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para a consulta de documentos que dispõem sobre a produção de matéria legislativa referente as federações e, sobretudo, a produção jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente a referente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 7021 julgada em 2022.

Nesse ponto, ao longo dos tópicos do presente estudo, buscaremos inicialmente escrutinar brevemente a travessia legislativa para a aprovação das federações partidárias no Legislativo brasileiro entre 1999 e 2021. Por último, examinaremos de forma mais detida o julgamento da ADI 7021 pela Suprema Corte brasileira, dentro das reflexões acerca do ativismo judicial, da judicialização da reforma política e sobretudo, o enfrentamento que o STF tem tido no arbitramento dos conflitos decorrentes das modificações do sistema eleitoral e partidário brasileiro.

2 UMA ANÁLISE DA TRAVESSIA LEGISLATIVA DAS FEDERAÇÕES PARTIDÁRIAS NO CONGRESSO NACIONAL (1999-2021)

Como tem se constatado do processo de modificação do sistema eleitoral e partidário no Brasil, tem sido rotineiro no Congresso Nacional a produção de projetos legislativos que embora aprovados em tempos recentes, já vieram de um lento processo de discussões em legislaturas anteriores ou suas ideias já foram reaproveitadas de outras proposituras já realizadas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (Cervi, 2022).

O caso das federações partidárias não foge à regra. Concebida enquanto projeto legislativo em 1999, sua aprovação foi resultado de lenta construção história. Ao todo, foram 22 anos, isto é, cerca de cinco legislaturas, para que a nova proposta de alianças partidárias fosse aprovada no Parlamento brasileiro e sua lei fosse promulgada em 2021.

Nestes termos, partindo da premissa da lenta evolução histórico-legislativa acerca da temática, constatamos que o processo de aprovação das federações de partidos políticos no Congresso Nacional foi permeado por três ciclos: 1) o primeiro ciclo, compreendido entre os anos de 1999 a 2011, marcado pela apresentação do projeto e pelas tentativas de avanço das discussões nas comissões de reforma política da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; 2) o segundo ciclo, marcado pelas reformas eleitorais de 2015 e 2017, em que pela primeira vez a proposta de novo formato de alianças chegou a votação no Plenário das Casas Legislativas federais brasileiras e 3) o último ciclo, marcado pela reforma eleitoral de 2021, em que a proposta de federação teve adesão de parte dos deputados e senadores e apesar dos percalços políticos, obteve sua aprovação e promulgação em lei.

O primeiro ciclo, foi marcado pela apresentação das primeiras proposituras legislativas que lançaram as futuras bases para a ideia das federações de partidos aprovadas no Congresso Nacional. Inicialmente, frise-se a apresentação da Emenda CCJ n° 04 ao PLS n° 180/1999 pelo senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE). A ideia do senador Valadares sugeria que os partidos podiam reunir em federação, atuando de forma nacional, inclusive na atuação parlamentar, como se fosse uma única legenda, com a salvaguarda da preservação da identidade programática das agremiações integrantes. Ainda, o projeto do parlamentar sergipano previa que a federação valeria para eleições de 2002, devendo os partidos permanecerem filiados a no mínimo por quatro anos, a contar do ato de sua criação (Valadares, 1999).

Na mesma época da apresentação das modificações incluídas pelo senador Valadares, em setembro de 1999, anunciou-se um projeto de lei mais robusto identificado ao caráter aliancista das federações.

Sob o nome de "frente de partidos", o Projeto de Lei n° 1203/1999 de autoria do deputado federal Haroldo Lima (PC do B-BA) propunha uma composição partidária mais duradoura do que as coligações nas eleições proporcionais (Lima, 1999).

Objetivando alterar a Lei dos Partidos Políticos, a proposta do deputado comunista dispunha que dois ou mais partidos podiam formar uma frente de partidos, garantindo a autonomia, a identidade programática e a personalidade jurídica própria dos partidos integrantes. A nova regra também dispunha que uma vez formada a frente, os votos obtidos pelas siglas participantes poderiam ser somados para fins de funcionamento parlamentar, acesso a recursos públicos e o direito ao horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão (Lima, 1999).

Outra proposta marcante neste primeiro ciclo legislativo foi a apresentação do PL n° 2679/2003 de autoria do presidente Alexandre Cardoso (PSB-RJ) e de relatoria do deputado Ronaldo Caiado (PFL-GO). A proposta de federações partidárias trazida por Caiado e Cardoso (2007) aproveitava projetos anteriores como o de Haroldo Lima e Valadares ao dispor que duas ou mais legendas políticas poderiam atuar como uma só agremiação nacional, inclusive no registro de candidatos e no funcionamento parlamentar.

Uma das distinções da proposta da PL 2679/2003 foi o estabelecimento de um marco temporal para a federação, ou seja, os partidos deveriam permanecer nela filiados por três anos. Ademais, constatou-se a inclusão de regramentos que davam mais fidelidade a aliança, instituindo principalmente a perda do funcionamento parlamentar do partido que deixasse antes do tempo instituído na proposta (Caiado, Cardoso, 2007).

Não é por acaso a necessidade de retomar a afirmação de David Fleischer (2006), a época da edição dessa proposta de federação partidária, de que a principal diferença entre as coligações e as federações, seria que enquanto uma espécie de uma composição momentânea até a realização do pleito, a outra seria uma junção mais duradoura e estável de três anos.

A última proposta marcada deste primeiro ciclo foi apresentada pelo então senador José Sarney (MDB-AP), a partir de emendas do senador Antônio Carlos Valadares (2011) incentivando a formação das federações partidárias. Diferentemente da proposta trazida pelo parlamentar sergipano em 1999, a ideia de Valadares buscava privilegiar a proporcionalidade e a soberania popular ao levar em consideração a identidade programática dos partidos, em diferente caráter as coligações partidárias.

Todavia, todas as propostas citadas tiveram dificuldades até em passar nas comissões temáticas da reforma política ou mesmo chegar para votação em Plenário da Câmara ou do Senado. Dentre as razões que puderam ser verificadas da tramitação das propostas legislativas foram ligadas principalmente quanto aos obstáculos de se aprovar um projeto real de reforma política que fosse de concordância da maioria dos deputados e senadores brasileiros, afastando qualquer possibilidade de aprovação da matéria das federações partidárias naquele momento.

O segundo ciclo legislativo foi marcado em especial pelo contexto das reformas eleitorais de 2015 e 2017, que levaram a transformações profundas no sistema eleitoral e a necessidade de se rediscutir o padrão de alianças feitos no país. Em 2015, já no bojo do desgaste gerado pelos efeitos retardados da crise econômica mundial de 2008, da crise política que posteriormente provocou o impeachment da então Presidenta Dilma Rousseff e do desgaste pela forma da condução da Operação Lava Jato, houve um súbito crescimento da avaliação negativa dos partidos e do Congresso junto à opinião pública (Cervi, 2022).

Sendo assim, o processo de modificação do sistema eleitoral e partidário de 2015 foi marcado pela reapresentação pela Comissão Especial da PEC n° 182/2007, que pela primeira vez propôs um modelo majoritário para as eleições legislativas (o "distritão"), a permissão irrestrita das doações privadas e a proibição das coligações nas eleições proporcionais. Nessa toada, as federações partidárias foram incluídas em duas emendas a Proposta votada na Comissão Especial de Reforma

Política, que ficou sob a relatoria do então deputado federal Marcelo Castro (PMDB-PI). A primeira, de Afonso Motta (PDT-RS) proibia as alianças partidárias nos pleitos proporcionais e permitia a constituição de federações partidárias para as eleições de deputados federais, as quais deveriam formar um bloco de funcionamento no Parlamento nos 4 anos da legislatura. A segunda proposta, feita por Jandira Feghali (PC do B-RJ), continua a permitir as coligações nos pleitos majoritários e proporcionais, e, também, autoriza a constituição das federações (Castro, 2020).

Observando a viabilidade de ambas as propostas, o relator acolheu a proposta do deputado do PDT em conjunto com a aprovação da PEC 14/2015 no Senado Federal, que deixava permanente as alianças partidárias nas eleições partidárias. Frise-se o posicionamento do relator que via nas federações como a possibilidade das legendas partidárias em experimentar uma atuação conjunta com outras siglas que tivessem compatibilidade programática (Castro, 2020).

Todavia, a tramitação da nova proposta das federações encontrou problemas quanto as divergências dentro da própria Comissão Especial de Reforma Política, principalmente quanto a adoção do distritão "distritão", o que resultou posteriormente na não votação do relatório final do deputado Castro no Plenário da Câmara dos Deputados e na dissolução da comissão. Com isso, tentou-se votar um substitutivo do deputado federal Rodrigo Maia (DEM-RJ) e cada ponto seria votado um a um. No caso das federações, no projeto do parlamentar fluminense aproveitava o texto do deputado Afonso Motta e Marcelo Castro, mantendo o caráter transitório da aliança e a perspectiva de bloco parlamentar entre os partidos (Câmara dos Deputados, 2015).

Entretanto, mesmo diante desta solução legislativa, a opção do legislador foi a rejeição da vedação das coligações nas eleições proporcionais por 236 a 206 na sessão de 28 de maio de 2015. Diante do posicionamento dos deputados em manter o formato das coligações nos pleitos legislativos, as federações partidárias foram derrotadas no Plenário da Câmara dos Deputados por 277 votos contra 157 favoráveis ao projeto (Câmara dos Deputados, 2015).

A proposta das federações partidárias, embora não vitoriosa no processo legislativo de 2015 foi reapresentada em 2016. O senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES) introduziu na discussão da reforma política no Senado Federal, a Emenda n° 1/2016-CCJ a PEC 36/2016, que introduziu o art. 17-A na Constituição Federal, instituindo este novo formato de aliança partidária (Ferraço, 2016).

De acordo com o projeto do senador tucano, os partidos possuíssem afinidade ideológica e programática poderiam se unir em federações, que teriam os mesmos direitos das siglas que estivessem isoladas nas obrigações regimentais no Congresso Nacional, devendo fazer sua atuação de acordo com uma identidade política única. Além disso, seria levado em conta para fins de obtenção para funcionar na Câmara dos Deputados, a soma dos votos válidos recebidos pelos partidos integrantes da composição partidária (Ferraço, 2016).

Igualmente, o parlamentar capixaba dispôs que qualquer partido poderia deixar a federação antes do término da sua vigência, com a condição de que houvesse uma decisão do respectivo diretório nacional. Porém, tal decisão implicaria no cancelamento aos repasses do fundo partidário e no impedimento do direito de antena (Ferraço, 2016).

No que tange a tramitação na Câmara Alta, a PEC foi aprovada na 33° Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição e Justiça em 13 de setembro de 2016. Ao seguir para o Plenário da referida Casa Legislativa, o projeto das federações passou pelos dois turnos na sessão de 09 de novembro de 2016: no primeiro turno, foi aprovada por 58 votos a 13, já no segundo turno passou por 63 votos a 9 (Senado Federal, 2016).

Na Câmara dos Deputados, o projeto converteu-se na PEC 282/2016. Presente na citada proposta de alteração constitucional, a federação partidária continuou a ser acolhida na CCJ, sendo declarada procedente pelo parecer da relatora da PEC, a deputada Sheridan (PSDB-RR). A tucana levou em conta que o novo formato de aliança seria uma possibilidade de sobrevivência dos chamados partidos

pequenos ideológicos, corrigindo distorções nas regras das coligações nos pleitos proporcionais (Shéridan, 2017).

Aprovada na CCJ, ao chegar na discussão na Sessão Extraordinária de 27 de setembro de 2017 no Plenário da Câmara dos Deputados, a proposta das federações dividiu a opinião de deputados federais dos mais diferentes matizes ideológicos. Se por um lado parlamentares do PMDB, PP, PSD, DEM, PR, PRB e PSC consideravam a medida uma forma camuflada da coligação proporcional que estes queriam derrubar, por outro, representantes da REDE, o PC do B, o PPS, o PV e o PSOL queriam a permanência deste novo formato de aliança na PEC a ser aprovada, pois a proposta seria uma solução quanto ao suposto problema do grande número de partidos, pois favoreceria a fusão de legendas com identidade programática comum durante uma legislatura (Cervi, 2022).

Do resultado da votação, a medida das federações foi rejeitada na proposta final da reforma política que originou a Emenda Constitucional n° 97/2017 por 280 votos contrários a 143 favoráveis na Sessão Extraordinária de 27 de setembro de 2017 (Câmara Dos Deputados, 2017).

Cumpre lembrar que a EC n° 97/2017, teve méritos relevantes na instituição de novas medidas para conter a chamada alta fragmentação partidária no Parlamento brasileiro. Em primeiro lugar, ao instituir o fim das coligações nas eleições proporcionais no pleito municipal de 2020. Em segundo lugar, incluiu uma progressiva cláusula de desempenho para as eleições de 2018, 2022 e 2026, limitando o acesso ao direito de antena e a recursos do Fundo Partidário para os pequenos partidos (Carazza, 2018).

Do conjunto, o segundo ciclo legislativo das federações partidárias representou um aprofundamento do debate da proposta no Plenário do Congresso Nacional, não logrando êxito em sua aprovação em 2015 e 2017 por diferentes motivos. Em 2015, o congressista optou por manter um modelo de junção de partidos baseado na temporariedade das coligações, vetando qualquer novo tipo de experimento aliancista. Em 2017, a necessidade de se reduzir o suposto alto número de partidos

com representação no Congresso Nacional, levou a um fechamento de acordo entre deputados e senadores para que se vedassem as coligações nos pleitos legislativos e se instituísse uma cláusula de desempenho via EC n° 97/2017. Entretanto, as primeiras consequências de tais medidas desaguariam em impactos relevantes na composição partidária dos Legislativos Municipais e, sobretudo, das análises futuras dos políticos e dos partidos na organização da eleição de 2022.

Nesse ponto, o terceiro e último ciclo legislativo das federações partidárias, mais precisamente a reforma no sistema eleitoral de 2021, foi marcado pelos efeitos iniciais da Emenda Constitucional n° 97/2017. O aumento do número de partidos que não alcançaram a cláusula de desempenho, das legendas que requisitaram fusão ou incorporação para manter suas condições de funcionamento e a relevante diminuição das pequenas siglas nas Câmaras Municipais nas eleições locais de 2020 apontavam que a referida modificação constitucional cumpriu o seu papel em enfraquecer as forças partidárias menores. Ao mesmo tempo, o pleito de 2020 criou dificuldades para os grandes partidos. Tais forças políticas tiveram dificuldades em preencher a cota de candidaturas femininas, em completar suas listas de candidato a vereador e terminaram em muitas situações em ceder espaço para as legendas médias (Cervi, 2022).

Diante de tal cenário, a análise de alguns setores políticos era que a manutenção dos termos da EC n° 97/2017 para as eleições de 2022 causaria problemas para a montagem das chapas dos candidatos a deputado federal, prejudicaria os partidos referente ao atendimento as cotas de gênero e raça e levaria a extinção dos pequenos partidos, principalmente num contexto sem coligação na eleição proporcional e da importância de ultrapassar a cláusula de desempenho. Nesse sentido, era de fundamental importância a reversão desta situação, utilizando-se do processo de reforma política de 2021, para dar melhores condições as forças políticas com representação no Congresso para o ciclo eleitoral de 2022 (Kerbauy, 2023).

Em um primeiro momento, o legislador optou por assegurar por meio da PEC 125/2011, o retorno das coligações proporcionais

em conjunto com as alianças nas eleições majoritárias. A solução negociada junto aos deputados federais queria garantir a sobrevivência política dos pequenos partidos e, por outro lado, dar condições para as maiores legendas tem chances de alcançar o quociente eleitoral, elegendo mais parlamentares para a Câmara dos Deputados. Dessa forma, a referida proposta foi aprovada dois turnos de votação no Plenário da Câmara: no primeiro turno por 333 votos a favor da PEC e 149 contra e no segundo turno por 347 votos favoráveis e 135 contrários (Câmara Dos Deputados, 2021).

Porém ao ser convertida na PEC 28/2021, o retorno das alianças nas eleições proporcionais encontrou grande resistência no Senado Federal. Ao receber parecer contrário da senadora Simone Tebet (MDB-MS), a PEC foi reprovada em votação simbólica na Comissão de Constituição e Justiça. No Plenário da Câmara Alta, a proposta de derrubada desse formato de aliança nos pleitos legislativos foi aprovada no primeiro turno por 70 votos a 3 e no segundo turno por 66 votos a 3 (Senado Federal, 2021).

Nesse ponto, veio o segundo momento da reforma política de 2021. Diante da rejeição ao retorno das coligações nas eleições proporcionais, os parlamentares federais resgataram a tramitação da proposta das federações partidárias no Congresso Nacional como um modo de compensar o não retorno do modelo aliancista vigorante até as eleições de 2018.

Para tanto, resgatou-se o Projeto de Lei oriundo do Senado Federal n° 477/2015, advindo das conclusões do Relatório Parcial n° 11 da Comissão Especial de Reforma Política criado pelos senadores Romero Jucá (MDB-RR) e Jorge Viana (PT-AC). Aprovado nas comissões do Senado em julho de 2015 e em agosto do mesmo ano, em Plenário, a proposta seguiu para a Câmara dos Deputados. Na Câmara, o projeto se transformou no PL n° 2522/2015. Todavia, entre 2015 e 2020 a ideia legislativa não avançou nas Comissões da referida Casa Legislativa. Registre-se que as reformas eleitorais de 2015 e 2017 foram marcadas pela opção dos deputados em testar o fim das coligações nas disputas

proporcionais, cuja efetivação se deu via EC 97/2017 e passou a ser aplicada no pleito de 2020 (Cervi, 2022).

Em 2021, no entanto, o contexto mudou profundamente. A reprovação da retomada das coligações proporcionais feita na Câmara Alta e o estreito prazo para modificações na legislação partidária já para as eleições de 2022 estimulou aos deputados a criar um caminho que restituísse as alianças nos pleitos legislativos sem seu caráter temporário. As federações de partidos, assim, surgiram como essa possibilidade de solução de consenso (Cervi, 2022).

Dessa forma, a tramitação da proposta iniciou-se em 09 de junho de 2021 por meio da instituição do seu regime de urgência e assim o projeto da nova composição de partidos foi encaminhado para relatório do deputado federal Sílvio Costa Filho (REPUBLICANOS-PE) no Plenário da Câmara dos Deputados em 12 de agosto de 2021. Registre-se que o deputado do Republicanos deu parecer pela aprovação do projeto por considerar que as federações dariam a possibilidade para a redução do quadro partidário no Brasil e, sobretudo permitiria a constituição de organizações para além dos partidos políticos, se amoldando ao contexto das democracias modernas (Câmara dos Deputados, 2021).

Passada para a discussão da matéria em Plenário, o PL 2522/2015 foi aprovado por 304 votos contra 119 no Plenário da Câmara dos Deputados. A disputa esquerda-direita marcou a votação das federações com os registros dos votos contrários do PSL, PSD, DEM e NOVO e do posicionamento favorável dos partidos progressistas a exemplo do PT, PC do B, PSB, PV, REDE, PDT e PSOL (Câmara Dos Deputados, 2021).

O Projeto de Lei ainda passou pelo crivo do então presidente Jair Bolsonaro, que o vetou por meio da Mensagem n° 436 de 06 de setembro de 2021. Dentre as motivações da negativa do Chefe do Poder Executivo Federal residia no fato de que a propositura das federações era um contraponto a tudo o que era sustentado pela Emenda Constitucional n° 97/2017, ou seja, a redução da fragmentação partidária no Congresso Nacional e o estabelecimento de condições mais restritivas as legendas menores ao Fundo Partidário e ao acesso a tempo de rádio e TV.

Ainda assim, o veto foi derrubado pelo voto contrário de 353 deputados e 45 senadores contra 110 deputados e 25 senadores que se posicionaram favoravelmente pela manutenção da negativa do Presidente da República (Senado Federal, 2021).

Dessa forma, em 28 de setembro de 2021, a Lei n° 14.208/2021 foi promulgada, instituindo as federações partidárias, com a alteração de trechos da Lei das Eleições e da Lei dos Partidos Políticos. A normativa dava condições para a formação destas alianças nas convenções partidárias ocorridas entre julho e agosto de 2022, devendo ter validade mínima até o final de 2026.

Dos princípios gerais das federações aprovados em 2021, destaque-se as seguintes disposições: i) a federação é uma aliança formada por dois ou mais partidos, que se constituem por estatuto próprio, registrado no Tribunal Superior Eleitoral, atuando como um só partido por no mínimo quatro anos; ii) as federações se aplicam todas as normas eleitorais, de funcionamento parlamentar e de fidelidade partidária; iii) só podem participar da aliança as legendas com registros definitivos no TSE; iv) as federações terão abrangência nacional e v) se um dos partidos deixarem a federação antes dos quatro anos, ele estará impedido de realizar coligações nas eleições seguintes e de ter acesso aos recursos do Fundo Partidário.

Enfim, do debate levantado no Legislativo para a aprovação das federações no sistema partidário brasileiro, nota-se que a discussão sobre a reforma política de 2021 foi permeado, em parte, pelos efeitos do fim das alianças proporcionais durante o pleito de 2020. A necessidade de criar condições para que as legendas menores tivessem condições de alcançar a cláusula de desempenho e de eleger mais cadeiras na Câmara dos Deputados, criou um modelo consensual entre os congressistas. As coligações nas eleições majoritárias permaneciam, mas as federações foram criadas no escopo de salvar estas siglas.

No entanto, esta alternativa não escapou de oposições durante a sua tramitação na Câmara dos Deputados, sendo depois alvo de veto do então presidente Bolsonaro. Registre-se que na travessia para a aprovação, senadores e deputados contrários as federações rejeitavam

a medida por ela, uma vez instituída, acabar se resvalando nas mesmas falhas apontadas nas coligações nas eleições legislativas. Além disso, apenas admitiu-se as federações como projeto de composição de partidos, após a completa rejeição da volta das coligações nas eleições para a Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas em 2022.

A acachapante maioria de pró-federações, seja na admissão do PL ou na derrubada do veto de Bolsonaro, demonstrou a opção do legislador em manter os termos da Emenda Constitucional n° 97/2017, com a vedação das coligações proporcionais e manutenção de uma progressiva cláusula de desempenho, a possibilidade de proposição de novas alternativas as alianças partidárias com as federações.

Entretanto, mais um obstáculo apareceu para a instituição das federações já para as eleições de 2022. A judicialização da Lei n° 14.208/2021 por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 7021 no Supremo Tribunal Federal simbolizou mais um passo para os grandes desafios que a nova proposta aliancista tinha para se efetivar no sistema partidário brasileiro. Nesse ponto, o próximo tópico terá como desafio compreender com mais detalhes como se deu o julgamento da referida ADI, os posicionamentos do Ministro Relator e demais ministros da Egrégia Corte e sobretudo, como o Supremo Tribunal Federal edificou um entendimento de modo a intervir no processo de modificação do sistema eleitoral brasileiro sem entrar em conflito com os demais atores políticos.

3 O JULGAMENTO DA ADI 7021 E A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA FEDERAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

Pouco após a promulgação da Lei n° 14.208/2021, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) questionou a constitucionalidade do modelo das federações partidárias aprovado no Congresso Nacional por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 7021 manejada perante o Supremo Tribunal Federal para julgamento. Na

Petição Inicial, assinada pela advogada da legenda Ezikelly Barros aduziu que a Lei das Federações: a) autorizaria a celebração de uma disfarçada coligação nas eleições legislativas, em completa violação ao que foi aprovado pela Emenda Constitucional n° 97/2017; b) restringiria a autonomia partidária das instancias de direção diversas quando na definição das alianças locais e c) violaria os princípios democrático e representativo proporcional, pois, nas eleições legislativas, haveria a transferência de votos entre partidos, em detrimento da vontade efetivamente manifestada pelo eleitor.

Além do mais, a nova Lei das Federações foi questionada sob o prisma formal, visto que teria ocorrido violação do disposto no art. 65, caput e §1º, da CRFB/88, não tendo o projeto legislativo passado pelas duas casas do Congresso Nacional para a sua legitimidade. Assim, a modificação da redação realizada pela Câmara exigiria o retorno da referida ao Senado para votação final.

Nesse ponto, cumpre realizar mais detidamente um exame das 213 páginas do Acórdão que levaram ao reconhecimento da constitucionalidade das federações partidárias. Ao longo do seu voto, o relator da ADI, ministro Luís Roberto Barroso formulou seu entendimento pela inexistência da inconstitucionalidade formal requerida pelo PTB, aduzindo que não haveria nenhum dispositivo na Constituição sugerindo que a superveniência da emenda constitucional referida exigiria o retorno ao Senado Federal do projeto já aprovado nas duas Casas (Brasil, 2022).

No plano material, Barroso legitimou a constitucionalidade das federações, pugnando pelas suas principais diferenças com o modelo das coligações nos pleitos proporcionais. Para o Ministro Relator, as federações por ser uma união partidária ainda que transitória entre os partidos por no mínimo quatro anos, por requerer uma afinidade programática entre ambos os partidos por vincular o funcionamento das legendas no Parlamento após as eleições cria mecanismos de estruturação e convergência partidária e fortaleceria o sistema democrático. Nesse ponto, o novo formato de composição entre legendas se distingue das coligações, pois estas se esgotam apenas

nas eleições e possibilitam a junção de grupos políticos díspares, distorcendo as relações existentes entre representante e representado (Brasil, 2022).

Desse modo, em contraponto ao caráter temporário das coligações, as federações seriam perenes e permanentes, com prazo mínimo de quatro anos duração, com sanções duríssimas aplicadas em caso de descumprimento e que impõe uma atuação nacionalizada entre todos os partidos federados (Brasil, 2022).

Por último, o Ministro Relator aponta que há a possibilidade de questionar a conveniência e a oportunidade da inovação legislativa, que poderia dificultar o processo de redução da fragmentação partidária no Brasil. Mas tal avaliação, é de natureza política, não sendo papel nem do Supremo Tribunal Federal nem do Poder Judiciário realizar este entendimento e sim, do Congresso Nacional. Frise-se que Barroso destacou a necessidade de se testar o modelo das federações para o processo eleitoral em 2022 e seus desdobramentos e após isso, revisitar a avaliação preliminar sobre a constitucionalidade da nova aliança (Brasil, 2022).

Assim, o voto de Barroso pugnou pela constitucionalidade formal e material das federações partidárias, colocando-a como uma união partidária totalmente diferentes das coligações nos pleitos proporcionais e em completa compatibilidade com os termos aprovados pela Emenda Constitucional n° 97/2017 (Brasil, 2022).

Lançadas as premissas pelo Relator da ADI, cabe analisar o posicionamento dos outros Ministros. Dos votos analisados, apenas Kassio Nunes Marques pugnou pela inconstitucionalidade formal e material das federações partidárias. Para o citado Ministro, o novo formato de alianças possui inúmeras semelhanças com as coligações nas eleições proporcionais, pois os votos confiados a um candidato ou a um partido político podem resultar na eleição de alguém filiado a outra agremiação partidária, em descompasso com a vontade do eleitor. Destaque-se que o Ministro Kassio destacou as incompatibilidades das federações com a Emenda Constitucional n° 97/2017, visto que a medida ressurge problemas que a referida modificação constitucional

buscou eliminar como a alta fragmentação partidária no Congresso Nacional e a grande profusão de siglas que possuem direito a recursos do Fundo Partidário e ao acesso a propaganda gratuita no rádio e na televisão. Nesse ponto, a Lei das Federações proporcionaria a vitória de candidatos lançados por legendas sem desempenho mínimo, caracterizado no atingimento do quociente eleitoral e acabaria por burlar as cláusulas de desempenho, violando a Constituição Federal (Brasil, 2022).

Arrematou o Ministro, contrariamente as federações, que a citada nova aliança criaria uma fusão temporária dos partidos políticos, pelo período de quatro anos, enquanto a CRFB/88 apenas autorizaria nos termos do art. 17 da Carta Constitucional, aquelas junções ordinárias com aspecto de definitividade. Por último, Marques detectou incompatibilidades formais na votação da Lei n° 14.208/2021, visto que houve alterações substanciais no conteúdo da norma, devendo voltar para votação no Senado Federal. Nestes termos, abriu divergência com os votos proferidos pelo Relator Barroso, declarando a inconstitucionalidade formal e material das federações partidárias, instituída via Lei n° 14.208/2021 (Brasil, 2022).

Examinando os votos dos demais ministros, nota-se que a manifestação das suas concordâncias com o pronunciamento de Barroso, elogiando a nova medida, distinguindo as federações de partidos das coligações e negando qualquer tipo de vício material ou formal no dispositivo aprovado no Congresso em setembro de 2021. Além disso, ambos os ministros frisaram a postura de autocontenção que o Supremo Tribunal Federal deveria ter diante do novo modelo de aliança partidária, devendo determinadas divergências quanto aos regramentos da junção de partidos, ser definida pelo Congresso Nacional (Costa, 2023; Gresta, Carvalho, 2022).

No entanto, apesar da aprovação da ampla maioria dos ministros acerca da compatibilidade das federações com a ordem constitucional, um ponto chamou atenção entre os ministros com relação ao prazo final da formalização das federações e o registro da aliança na Justiça Eleitoral. A nova legislação fixou como data limite da oficialização e

para a inscrição no órgão máximo das eleições o referente ao último dia das convenções partidárias, ou seja, 5 de agosto (Costa, 2023; Gresta, Carvalho, 2022).

Inicialmente, o Ministro Barroso frisou que o período de escrituração da federação em comparação aos partidos, criava uma vantagem competitiva indevida à nova aliança, devendo observar em ambas o mesmo prazo de registro. Todavia, atendendo ao pedido do PC do B, o Ministro da Egrégia Corte optou por uma solução política. No objetivo de fomentar as negociações necessárias para a composição partidária, Barroso modulou os efeitos da decisão para que as federações formadas na eleição de 2022 preenchessem essas condições até 31 de maio do referido ano (Brasil, 2022).

Quanto a este tópico, durante o julgamento da ADI no STF, abriu-se divergência entre os ministros. Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, embora reconhecessem a constitucionalidade da lei, não viam quebra de igualdade entre os partidos e as federações, devendo a constituição das federações serem mantidas na data limite das convenções partidárias (Brasil, 2022).

Mesmo com as diferenças levantadas, o voto condutor do relator Barroso foi o vencedor, contando com a anuência de Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Rosa Weber, André Mendonça e Edson Fachin. Assim, manteve-se a constitucionalidade das federações, possibilitando aos partidos que negociavam a aliança a permissão em constituir o acordo entre legendas até 31 de maio de 2022 (Costa, 2023; Gresta, Carvalho, 2022).

Do debate realizado entre os ministros da Egrégia Corte, duas considerações devem ser analisadas. A primeira é que a constitucionalização das federações partidárias foi sacramentada no STF, partindo-se do pressuposto de que as coligações proporcionais, ao menos até aquele momento foram excluídas do ordenamento jurídico e seu retorno seria inconstitucional. Dessa forma, a federação partidária não poderia ser configurada de modo a produzir efeitos semelhantes às coligações. Em diversas oportunidades, os Ministros

fizeram questão de delinear as diferenças entre as federações e as coligações (Gresta, Carvalho, 2022).

Além do mais, o Supremo fez uma concessão aos apelos dos partidos políticos nesse primeiro momento de experimento do modelo das federações e possibilitou que participassem das próximas eleições, as federações que estivessem formadas até 31 de maio de 2022. A decisão, dessa forma, evidencia uma acomodação de interesses, ampliando o prazo para a formação de tais alianças, mas sem ultrapassar outros marcos temporais do calendário eleitoral, a exemplo da configuração do Sistema de Candidaturas – CAND e o mais importante, o período de realização das convenções partidárias (Gresta, Carvalho, 2022).

O segundo ponto e mais importante, foi a postura de autocontenção da Corte ao menos no caso das federações partidárias. Embora fosse vista a já criticada judicialização da reforma política por meio da fixação de balizas quanto ao prazo da constituição e oficialização das federações, houve um reconhecimento por praticamente a unanimidade dos ministros do STF da constitucionalidade do modelo. Para eles, as federações são distintas das coligações por ter um caráter mais permanente (podem ser instituídas em 4 anos ou mais) e por conter mecanismos de funcionamento conjunto no Parlamento, não sendo conveniente ao Judiciário avaliar se esta alternativa é viável ou não (Gonçalves, 2022).

No mais, registre-se o quanto a Suprema Corte valorizou a escolha legislativa, cautela inerente ao controle de constitucionalidade e compatível com a preservação das normas, trazendo segurança jurídica ao processo político-eleitoral brasileiro, sendo deferente as decisões do Congresso Nacional nessa área. Registre-se que nos últimos 20 20 (vinte) anos, em várias oportunidades, após o Poder Judiciário glosar deliberação do Congresso Nacional acerca do processo político-eleitoral, houve posterior reação das Casas Legislativa, inclusive por meio de modificação constitucional, o que aponta para a necessidade de o Judiciário ser cauteloso e atuar com prudência na análise desses

temas, com vistas a resguardar a segurança jurídica e estabilizar expectativas (Toffoli, Fernandes, 2022).

Note-se, por exemplo, que o TSE editou a Resolução n. 21.002/2002 determinando a verticalização das coligações partidárias, calcada no "princípio da coerência" entre as alianças nacionais, regionais e locais. O entendimento realizado pela Corte Superior Eleitoral alvo de críticas e debates legislativos, restou derrubada pela posterior edição da Emenda Constitucional n.º 52/2006, pela qual se excluiu expressamente a obrigatoriedade de vinculação das candidaturas coligadas em caráter vertical (Toffoli, Fernandes, 2022).

Ainda na seara da judicialização da reforma política, o Congresso Nacional havia aprovado a modificação do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos, que instituía uma cláusula de desempenho e fixava que o funcionamento parlamentar dos partidos nas Casas Legislativa dependeria da obtenção de, no mínimo 5% (cinco por cento) dos votos apurados em cada eleição para a Câmara dos Deputados, os quais deveriam estar distribuídos em ao menos um terço dos estados da federação, observado o mínimo de dois por cento do total em cada um deles (Toffoli, Fernandes, 2022).

Todavia, no julgamento conjunto das ADI n.º 1.351 e 1.354 feitos em 2007, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei n.º 9.096/1995, por considerar que a citada norma teria contrariado direitos das minorias partidárias, estipulando inadequada diferenciação entre candidatos que tivessem igualmente logrado acesso às Casas Legislativas (Toffoli, Fernandes, 2022).

Desde então, graças a ampla liberdade conferida pelo legislador as coligações partidárias e a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira, sobreveio um contexto de multiplicação e fragmentação partidária, culminando em cenário no qual a Câmara dos Deputados chegou a ter 30 (trinta) partidos com representantes eleitos nas eleições proporcionais de 2018 e levando a seríssimos problemas de governabilidade (Toffoli, Fernandes, 2022).

Assim, a edição da Emenda Constitucional n° 97/2017 e a posterior ascensão da alternativa das federações partidárias em 2021,

simbolizou a necessidade que o legislador tinha em conter o processo de fragmentação de legendas existentes nas Casas Legislativas brasileiras, mas que garantisse a sobrevivência daqueles partidos que não alcançam a cláusula de desempenho.

Nesse ponto, diferentemente dos casos citados de 2002 e 2007, a postura autocontida da Corte busca compreender o processo de transformações graduais no sistema político e partidário, por meio dos diálogos entre Poderes, em que o Congresso Nacional, ao menos nesse caso pode ter liberdade para modificar suas normas e o Judiciário buscou respeitar as opções políticas adotadas democraticamente no campo parlamentar, somente procurar intervir minimamente quando for prudente e razoável proceder.

Do exposto, podemos concluir que a participação do Supremo Tribunal Federal na constitucionalização das federações partidárias é um passo importante em uma nova perspectiva acerca da judicialização da reforma política no Brasil, em que a Corte é ao mesmo tempo fiadora do processo de escolha de modificação do sistema político e partidário realizado pelo legislador e atuante na construção de soluções de acomodação e conciliação entre as lideranças atuantes no debate público.

4 CONCLUSÃO

O debate acerca da instituição das federações partidárias no Brasil foi permeado por inúmeros obstáculos na seara legislativa. Foram 22 anos para a sua aprovação, conversão em lei e declaração de sua constitucionalidade. O processo de reforma política de 2021, que teve como símbolo a aprovação da Lei n° 14.208/2021 indicou a principal serventia do novo formato de aliança: uma solução de meio-termo que buscou possibilitar que legendas menores pudessem ultrapassar a cláusula de desempenho estabelecida na Emenda Constitucional n° 97/2017 e ao mesmo tempo garantir que as siglas com maior estrutura

partidária e maior capilaridade nacional obtivesse melhores condições de competitividade e desempenho eleitoral.

Entretanto, foi no julgamento da ADI 7021 pelo Supremo Tribunal Federal que as federações partidárias de fato foram consideradas parte do sistema político e partidário brasileiro. A Corte não apenas buscou traçar as grandes distinções entre as federações e as coligações e sua compatibilidade com os termos aprovados pela Emenda Constitucional n° 97/2017. Nesse ponto, buscou reconhecer avanços da legislação aprovada no Congresso, mantendo o que os parlamentares definiram durante o debate parlamentar, sem qualquer intervenção.

Mas ao mesmo tempo, a Corte buscou regulamentar o fechamento das alianças para seis meses antes das eleições, facilitando as negociações entre as forças políticas. Assim, percebe-se a postura de autocontenção dos Ministros do Supremo, onde buscaram respeitar o que foi decidido no Congresso Nacional, sem deixar de intervir quando foi necessário, no intuito de assegurar a efetividade do novo formato de alianças para os partidos, os candidatos e eleitores.

Assim, a título de conclusão, pudemos constatar que o julgamento da ADI 7021 pelo STF teve uma perspectiva diferenciada de outros casos julgados pela Corte ao se judicializar questões da reforma política, visto que os ministros do Supremo buscaram intervir de forma mínima no processo de definição das regras eleitorais, referendaram o programa de reforma política aprovado pelo legislador e sobretudo, resguardaram a segurança jurídica e a estabilização de expectativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Mensagem nº 436, de 6 de setembro de 2021.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021a. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/3498. Acesso em: 05 fev. 2023.

BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade:** ADI 7021. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, 8 de dezembro de 2022. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1343021173/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-7021-df-0064126-3820211000000/inteiro- -teor-1343021184. Acesso em: 10 ago 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sessão Deliberativa Extraordinária n° 280.3.55.O.** Brasília, Câmara dos Deputados, 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **18ª SESSÃO DELIBERATIVA EXTRAORDINÁRIA (VIRTUAL).** Brasília, Câmara dos Deputados, 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **89ª SESSÃO DELIBERATIVA EXTRAORDINÁRIA (VIRTUAL).** Brasília, Câmara dos Deputados, 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Votação Nominal ao PL n° 2522/2015**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL n° 2522/2015**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594917. Acesso em 10 ago. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL n° 2220/1999**. Brasília, Câmara dos Deputados, 1999. Disponível em: https://www.camara.leg.br/

proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17808. Acesso em 07 ago. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL n° 1210/2007**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=353741. Acesso em 08 ago. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 182/2007**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373327. Acesso em 07 ago. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 125/2011**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=531331. Acesso em 09 ago. 2023.

CAIADO, Ronaldo, Cardoso, Alexandre. **PL n° 2679/2003**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=187326&filename=PL%202679/2003. Acesso em 08 ago. 2023.

CAIADO, Ronaldo. **Parecer às Emendas de Plenário a PL n° 1210/2007**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2007.

CARAZZA, Bruno. **Dinheiro, Eleições e Poder:** As engrenagens do sistema político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CASTRO, Marcelo. **Relatório a PEC 182/2007.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

CERVI, Emerson Urizzi et al. **Federação partidária:** uma reforma eleitoral e política. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

COSTA, Anna Graziella Santana Neiva. As Federações e a Modernização do mundo Político Partidário: a joint venture do Direito Eleitoral e os seus possíveis reflexos na judicialização da política. In: BARROS, Ezikelly; MALDONADO, Hélio (orgs.). **Federação de Partidos:** Coletânea de artigos sobre a aplicação da Lei n. 14.208/2021. v. 2. Brasília: ABRADEP - Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político, 2022.

FERRAÇO, Ricardo; NEVES, Aécio. **PEC n° 36/2016**. Brasília: Senado Federal, 2016.

FILHO, Sílvio Costa. **Parecer de Plenário pela Constituição e Justiça e de Cidadania ao Projeto de Lei n° 2522 de 2015**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

GRESTA, Roberta Maia, CARVALHO, Volgane Oliveira. Federação de partidos políticos no Brasil: Impactos sobre o sistema partidário, contexto latino-americano e desafios para as eleições 2022. **Revista Debates**, *16*(1), 143–167, 2022. Disponível em: https://doi.org/10.22456/1982-5269.123330. Acesso em 11 ago. 2024.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Federações Partidárias e Desconfiança. In: BARROS, Ezikelly; MALDONADO, Hélio (orgs.). **Federação de Partidos:** Coletânea de artigos sobre a aplicação da Lei n. 14.208/2021. v. 2. Brasília: ABRADEP - Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político, 2022.

JUCÁ, ROMERO. **Relatório Parcial n° 11/2015**. Brasília: Senado Federal, 2015.

LIMA, Haroldo. **Projeto de Lei n° 1203/1999**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1999.

LOBÃO, Edison. **Parecer n° 600, de 1999**. Brasília: Senado Federal, 1999.

MACHADO, Sérgio. **Reforma político partidária:** relatório final da comissão temporária interna encarregada de estudar a reforma político-partidária. Brasília: Senado Federal, 1998.

MAIA, José Agripino. **PLS n° 180/1999**. Brasília: Senado Federal, 1999.

PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO. **Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7021.** Ajuizada em: 4 nov. 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6293255. Acesso em: 24 jan.2023.

SÁ, Arnaldo Faria de. **Parecer de Comissão ao PL n° 1210/2007.** Brasília, Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=470038&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+1210/2007. Acesso em 06 ago. 2023.

SENADO FEDERAL. **PLS n° 180/1999**. Brasília: Senado Federal, 1999.

SENADO FEDERAL. **PEC n° 40/2011**. Brasília: Senado Federal, 2011.

SENADO FEDERAL. **PEC n° 36/2016**. Brasília: Senado Federal, 2016.

SENADO FEDERAL. **Votação nominal da PEC nº 28, de 2021, nos termos do Parecer, com ajuste em Plenário da Relatora (1º Turno).** Brasília: Senado Federal, 2021.

SENADO FEDERAL. **Votação nominal da PEC nº 28, de 2021, nos termos do Parecer, com ajuste em Plenário da Relatora (2º Turno**). Brasília: Senado Federal, 2021.

SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal n° 112 de 2015**. Brasília: Senado Federal, 2015.

SHÉRIDAN. **Parecer do Relator a PEC n° 282/2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

TOFFOLI, José Antônio Dias, FERNANDES, Lília Maria da Cunha. Federações Partidárias. In: BARROS, Ezikelly; MALDONADO, Hélio (orgs.). **Federação de Partidos:** Coletânea de artigos sobre a aplicação da Lei n. 14.208/2021. v. 1. Brasília: ABRADEP - Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político, 2022.

VALADARES, Antônio Carlos. **Emenda 1 – PEC 40/2011**. Brasília: Senado Federal, 2011.

VALADARES, Antônio Carlos. **Emenda CCJ n° 04**. Brasília: Senado Federal, 2015.

ACESSO À JUSTIÇA E LEGITIMIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO: DA CONSTITUINTE (1986-1988) AO PÓS CONSTITUIÇÃO (1988)

ACCESS TO JUSTICE AND LEGITIMACY IN ABSTRACT JUDICIAL REVIEW: FROM THE CONSTITUENT ASSEMBLY (1986-1988) TO THE POST-CONSTITUTION ERA (1988)

Iara Duque Soares[23]

Adriana Goulart de Sena Orsini[24]

Resumo: O trabalho pretende explorar o rol (ampliado) de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988, a fim de compreender em que medida os atores do art. 103 da referida Carta, denominada "Cidadã", refletem (ou não) o diálogo e a participação social almejadas no processo constituinte (1986-1988). Parte-se, então, de uma pesquisa jurídico-compreensiva, com análise documental da Base de Dados e os documentos da Assembleia Nacional Constituinte, associados a bibliografia multidisciplinar sobre o tema, para, em um primeiro momento, compreender a importância da ampliação da jurisdição constitucional para a democratização do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil; e, então, avaliar as propostas de ampliação da participação social (direta e indireta) no controle de

23 Professora Substituta da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Extensionista e pesquisadora voluntária do Programa de Ensino, Extensão e Pesquisa RECAJ da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogada e Mediadora de Conflitos. E-mail: iaraduques@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6295246093239400.

24 Professora Associada IV da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-doutora em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas - UDF - Brasília/DF; Mestre (1999) e Doutora (2006) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenadora do Programa de Ensino, Extensão e Pesquisa RECAJ da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Desembargadora do TRT3. E-mail: adrisena@ufmg.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8356833900456422.

constitucionalidade concentrado e abstrato que foram discutidas na Constituinte (1986-1988); e, por fim, refletir sobre alguns dos desafios postos diante do cenário pós Constituição de 1988.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Legitimidade; Constituição de 1988; Acesso à Justiça; Assembleia Nacional Constituinte.

Abstract: The paper aims to explore the (expanded) list of entities authorized to propose actions for judicial review, as adopted by the Brazilian Federal Constitution of 1988, in order to understand to what extent the actors listed in Article 103 of the referred Constitution, known as the "Citizen Constitution," reflect (or not) the dialogue and social participation sought during the constituent process (1986-1988). The research is based on a legal-comprehensive approach, with a documentary analysis of the Database and documents from the National Constituent Assembly, alongside a multidisciplinary bibliography on the subject. Initially, the paper reflects on the importance of expanding constitutional jurisdiction to democratize access to justice through rights in Brazil; then, it evaluates the proposals for expanding social participation (direct and indirect) in concentrated and abstract judicial review that were discussed during the Constituent Assembly (1986-1988); finally, it considers some of the challenges posed in the post-1988 Constitution scenario.

Keywords: Judicial Review; Legitimacy; Access to Justice; Brazilian Constitution of 1988; National Constituent Assembly.

1 INTRODUÇÃO

O controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido no Brasil pela Constituição de 1934, por meio da denominada representação interventiva, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal (STF), em seu antigo desenho institucional, a declaração de constitucionalidade de lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos

denominados princípios constitucionais sensíveis, constantes do art. 7º da Carta, e, mais adiante, com a Emenda Constitucional n. 16/1965, através da então denominada ação de inconstitucionalidade, que dava à Corte autoridade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, sempre mediante representação pelo Procurador Geral da República (PGR) (Barroso, 2016, p. 61).

No contexto de redemocratização do país, após um período de governo autoritário de subtração de liberdades não apenas individuais, mas principalmente coletivas – de organização, reivindicação e participação social e política –, a Constituição Federal de 1988 alargou significativamente não só o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato em si, como também o rol de legitimados para este controle. Assim, reforçou-se não apenas a "Ação Direta de Inconstitucionalidade", prevista no artigo 102, I, "a", mas também abriu-se espaço para a "Ação Declaratória de Constitucionalidade" no mesmo artigo, "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental" no artigo 102, § 1º e "Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão" no artigo 103, § 2º - todas de competência do STF, em sua função de guardiã da Constituição, com o objetivo garantir a supremacia da Constituição e a proteção dos princípios fundamentais.

Mas, a alteração mais significativa no modelo brasileiro certamente diz respeito à legitimação para a propositura do controle de constitucionalidade concentrado – até então restrito ao PGR e, consequentemente, limitando o debate de interpretação e aplicação da Constituição aos interesses da União. Com a Constituição de 1988, são incluídos, como legitimados, além do PGR: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Será possível afirmar que este rol (ampliado) de legitimados para o controle de constitucionalidade da Constituição de 1988 representa

os anseios do processo Constituinte (1986-1988) de ampliação da participação social na Constituição? Ele é suficiente para promover uma interpretação democrática da Constituição e à verdadeira ampliação do acesso à justiça constitucional?

Na busca por respostas, parte-se de uma pesquisa jurídico-exploratória, que utiliza especialmente da coleta e análise de documentos da Assembleia Nacional Constituinte, isto é, dos registros institucionais escritos que compõem as Bases históricas e os documentos da ANC, presentes no sítio eletrônico do Senado Federal brasileiro e da Câmara dos Deputados ("Portal da Constituição Cidadã")[25], associados a bibliografia multidisciplinar sobre o tema, para avaliar as propostas e os debates que envolveram a ampliação da participação social (direta e indireta) no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato na Constituinte (1986-1988).

O artigo está estruturado em quatro capítulos. Em um primeiro capítulo, aborda-se a relação entre a transformação social almejada com a Constituição e o papel desempenhado pela justiça constitucional; o segundo capítulo contextualiza o processo constituinte brasileiro e suas fases; o terceiro capítulo avalia as propostas de ampliação da participação social (direta e indireta) no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato que foram discutidas na Constituinte (1986-1988); e o último capítulo propõe uma reflexão sobre alguns dos desafios enfrentados na ampliação do acesso à justiça constitucional após a promulgação da Constituição de 1988.

25 Os documentos oficiais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 tem como base histórica (i) a Base APEM - Base de Anteprojetos, Projetos e Emendas, desenvolvida pelo Centro de Processamento de Dados do Senado Federal – PRODASEN; (ii) a Base SAIC - Sistema de Apoio Informático à Constituinte, contém as sugestões enviadas pela população brasileira à Assembleia Nacional Constituinte de 1987; e (iii) a Base SGCO - Sistema de Sugestão dos Constituintes, que reúne as sugestões dos constituintes e entidades representativas. Todos disponíveis a partir do link https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/bases-historicas, e distribuídos entre acervo da Câmara de Deputados, no "Portal da Constituição Cidadã" e do Senado Federal. Com apoio na referida base de dados, o presente trabalho analisou os anteprojetos, emendas, substitutivos e atas publicadas no Diário Oficial da ANC referentes às Subcomissões e Comissões Temáticas, bem como as sugestões enviadas pela população, pelos constituintes e pelas entidades representativas.

2 TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E ACESSO À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 reflete a aposta de ampliação do rol de direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, e do compromisso democrático em um contexto de inédita participação popular. Porém, o anseio pela formalização escrita de determinados direitos coletivos, pensados como, de fato, interesses sociais, levou, por outro lado, a uma pouca atenção na reformulação da organização e do exercício do poder na dinâmica política do país.

Gargarella (2015; 2021) sinaliza que, na América Latina, de maneira geral, permanecem, desde o século XIX, quase inalteradas as estruturas de poder, que limitam as possibilidades de intervenção popular na política. Por isso, apenas a expansão da lista de direitos sociais não seria capaz, por si só, de promover as mudanças sociais esperadas nos projetos constitucionais.

A partir da metáfora da constituição como uma "casa de máquinas", seria possível ilustrar o raciocínio de que, sem revisar os mecanismos de conquista e exercício do poder, as mudanças nos direitos serão superficiais e pouco efetivas na transformação política de uma sociedade (Gargarella, 2015; 2021).

Neste sentido, temos defendido (Orsini e Soares, 2023) que a concepção de acesso à justiça como um direito fundamental para além da concepção liberal hegemônica, como uma janela analítica privilegiada "para se discutir o próprio direito" (Santos, 2011), pode nos fornecer importantes elementos para a transformação social pela via dos direitos, uma vez que sua fundamentação estaria na regulação da justiça, justamente envolvendo, como ponto nodal, o debate sobre quem a exerce e como ele é mobilizada.

O acesso à justiça pela via dos direitos (Avritzer, Marona e Gomes, 2014), em verdade, contempla o tema em duas dimensões: a da efetividade dos direitos – que, por sua vez, implica na democratização do conhecimento jurídico "oficial" e dos mecanismos e instâncias (judiciais ou não) capazes de reparar eventuais injustiças; e,

principalmente, a da participação da população na conformação do próprio direito, aqui pensado como sistema amplo de defesa de interesses e sentidos jurídicos, para reconhecer, revisar ou criar categorias jurídicas de acordo com os interesses públicos, coletivos e sociais.

A dimensão da efetividade, da acessibilidade do Sistema de Justiça a todos os cidadãos – por meio da informação e divulgação jurídica, dos recursos judiciários e extrajudiciários para uma reparação justa a situações de violação – é aspecto importante de qualquer política de acesso à justiça, especialmente, via direitos. Mas, essencialmente, é preciso considerar que as políticas de enfrentamento das barreiras de acesso ao sistema de justiça são, elas mesmas, organizadas a partir de concepções engessadas, "oficiais", de justiça, que precisam ser redesenhadas a partir das lutas e reivindicações sociais (Marona, 2013, p. 120).

Assim, a concepção de justiça só poderá ser transformadora, portanto, dentro de uma perspectiva de acesso à justiça pela via dos direitos, uma vez que face a tal perspectiva a participação social é pressuposto de formação da vontade política e afirmação dos direitos e garantias fundamentais (Orsini, 2020). Isto significa destacar, como um escopo político dos processos judiciais ou extrajudiciais que envolvem a justiça, a "missão de permitir a participação do indivíduo na vida política do país", por se tratar de "direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, vale dizer, direito de influenciar a formação de normas jurídicas vinculativas" (Cabral, 2003, p. 112).

O acesso da população à jurisdição constitucional é essencial nesse caminho, pois pode permitir que os cidadãos contestem a constitucionalidade das leis e ações públicas e, assim, desafiem efetivamente a responsabilidade do Estado pela transformação social prometida no texto constitucional, aproximando as promessas constitucionais das realidades enfrentadas pelos grupos marginalizados (Roa Roa, 2023).

Em debate com Gargarella (2015; 2021), Roa Roa (2023) defende que a expansão da jurisdição constitucional pode representar uma reforma na "casa de máquinas", uma vez que o acesso ao controle de constitucionalidade pode incentivar a mobilização coletiva e a participação no processo democrático e, ainda, tornar o sistema judicial, mais responsivo às questões sociais.

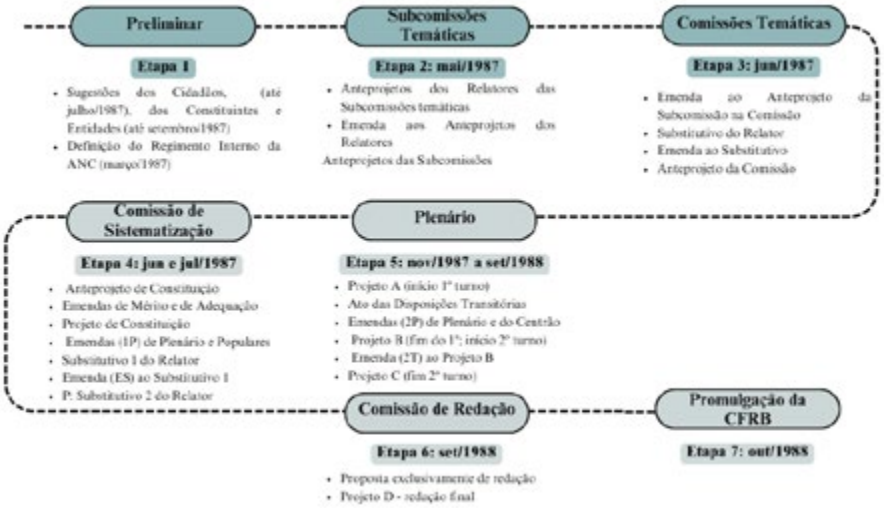
Embora o autor (Roa Roa, 2023) se ampare essencialmente na experiência colombiana de ampliação (total, geral) do acesso da população ao controle de constitucionalidade, o processo constituinte brasileiro (1986-1988), em alguma medida, identifica o potencial transformador da ampliação do acesso à justiça constitucional nos debates que atravessam a mudança do modelo de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado das Constituições anteriores à atual Constituição (1988).

3 A(S) CONSTITUINTE(S)

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 foi um momento de grande mobilização da sociedade civil brasileira. Nesse contexto, diversos movimentos sociais, associações e entidades se organizaram para participar do processo constituinte, a partir do que Brandão (2011, p. 35) chamou de "estrutura de oportunidades políticas", considerando que o período de disputa pela Constituição coincidiu com a reformulação do sistema pluripartidário, catalisando os movimentos de articulação e formação de aliança entre os partidos e os atores sociais, além de impactar, também, nas próprias estruturas de organização social, ampliando a capacidade de ação coletiva de centenas de movimentos sociais, sindicatos, associações de bairros, associações profissionais e religiosas.

Para adentrar especificamente nos dispositivos relacionados ao controle de constitucionalidade no processo constituinte, é preciso compreender que ele foi estruturado em sete etapas: a fase preliminar, de definição do Regimento Interno da ANC e das sugestões (dos

cidadãos, constituintes e entidades); a das Subcomissões Temáticas; a das Comissões Temáticas; a Comissão de Sistematização; o Plenário; a Comissão de Redação; e, ao final, a promulgação da Constituição de 1988.



Fonte: autoria própria.

Como outros autores já destacaram, existem dois movimentos da Constituinte: um marcado por um programa de reformas, de viés progressista; e outro conservador, de imposição de limites e manutenção de um *status quo*. E essas características podem ser visualizadas no processo constituinte, que era majoritariamente de centro-direita, conservador[26], mas, por um artifício regimental, um grupo mais alinhado à esquerda política obteve uma certa vantagem e o impulsionamento de pautas progressistas importantes até que as forças conservadoras se solidificam. Neste sentido, Neris (2018) e Casseres (2019, p. 48) identificam, nas etapas constituintes, dois movimentos distintos: "o primeiro, popular ou descentralizado, engloba as fases das

26 Conforme afirmam Pires e Lima (2022), "a composição da ANC refletia o 'predomínio de conservadores na sociedade e na política brasileira'".

Comissões e Subcomissões; e o segundo, centralizado ou partidário, se daria na Comissão de Sistematização e Plenário".

Quando olhamos, de trás para frente, partindo do momento centralizado (e final) da constituinte, a construção do rol do art. 103 a partir da Comissão de Sistematização (projeto e substitutivos do relator), passando pelo Plenário (Projeto A, Projeto B e Projeto C) até a Comissão de Redação Final e Promulgação (Projeto D - Redação final), percebemos que os atores legitimados, na concepção que temos até hoje, foram praticamente mantidos ao longo das três últimas etapas desse processo, com pouquíssimas modificações (Lima, 2013, p. 220).

Lima (2013)[27] organiza um quadro comparativo bastante didático com essa evolução textual entre os projetos A, B, C e D (redação final). Composto por linhas que mostram a relação do texto de todos os dispositivos da Constituição com os textos dos projetos anteriores, é possível observar, no que se refere ao processo de formação do atual art. 103 da Constituição, que o rol de legitimados para o controle de constitucionalidade já havia sido substancialmente consolidado antes do Plenário, na etapa da Comissão de Sistematização.

O Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais estiveram presentes em todos os textos de projetos discutidos, sucessivamente, nestes projetos. As variações ocorridas ao longo do processo ficam, então, na figura do "Defensor do Povo e do Procurador-Geral da Justiça nos Estados e no Distrito Federal", que apareciam como legitimados nos textos dos primeiros projetos e são excluídos a partir do Projeto B, de 5/7/1988, no início do segundo turno do Plenário, e das entidades de classe de âmbito nacional, que foram inseridos justamente neste mesmo Projeto B, de 5/7/1988, no início do

27 A obra "A Gênese do Texto da Constituição de 1988" faz parte do acervo da Constituinte e está disponível na Livraria e no Site do Senado Federal: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/> Acesso em: 8 ago. 2024.

segundo turno do Plenário (Lima, 2013, p. 220), embora essa discussão obviamente não tivesse sido ali inaugurada.

Isso nos convoca a olhar mais atentamente as etapas que antecedem à Comissão de Sistematização, mais especialmente, para esse conjunto de etapas identificada como "Constituinte Popular" (8 Comissões e as respectivas 24 Subcomissões temáticas[28]), marcada por um "caráter progressista, que não refletiria a preferência majoritária das forças políticas representadas na ANC" (Casseres, 2019, p. 49), por ter sido nessas etapas onde as propostas de ampliação do rol de legitimados surgiram e foram discutidas.

28 I - Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher
a - Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais
b - Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias
c - Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais
II - Comissão da Organização do Estado
a - Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios
b - Subcomissão dos Estados
c - Subcomissão dos Municípios e Regiões
III - Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo
a - Subcomissão do Poder Legislativo
b - Subcomissão do Poder Executivo
c - Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público
IV - Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições
a - Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos
b - Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança
c - Subcomissão de Garantias da Constituição, Reforma e Emendas
V - Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças
a - Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas
b - Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira
c - Subcomissão do Sistema Financeiro
VI - Comissão da Ordem Econômica
a - Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica
b - Subcomissão da Questão Urbana e Transporte
c - Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária
VII - Comissão da Ordem Social
a - Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos
b - Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente
c - Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias
VIII - Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação
a - Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes
b - Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação
c - Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso

4 A LEGITIMIDADE PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A legitimidade para a propositura de ações de inconstitucionalidade perante o STF foi um tema controvertido, de maneira geral, no processo constituinte. O próprio STF, por meio dos seus ministros, defendeu, na comissão Afonso Arinos, a manutenção da organização até então vigente e, assim, a exclusividade da legitimação do PGR (Korner e Freitas, 2013), o que foi sugerido no anteprojeto da referida comissão.

Mas havia, entre os constituintes, inclusive os "favoráveis ao continuísmo do STF" (Korner e Freitas, 2013, p. 165), um "inconformismo generalizado quanto à prerrogativa constitucional de o Procurador-Geral da República ser (...) o exclusivo intérprete da conveniência da propositura da ação direta de inconstitucionalidade" (Assembleia Nacional Constituinte, 1987, p. 10), o que fez com que o debate sobre a ampliação da participação social – e do rol de legitimados – se fizesse presente em diversas comissões e subcomissões.

Identificamos, ainda assim, maior destaque em três delas, a saber: na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (principalmente na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias), na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (principalmente na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público) e na Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições (principalmente na Subcomissão de Garantias da Constituição, Reforma e Emendas).

Nessas, em específico, o tema esteve presente nas diversas fases das Subcomissões e Comissões Temáticas: Anteprojeto do Relator, Emenda ao Anteprojeto do Relator, Anteprojeto da Subcomissão, Emenda ao Anteprojeto da Subcomissão na Comissão, Substitutivo do Relator, Emenda ao Substitutivo e Anteprojeto da Comissão, além de diversos debates.

Logo na primeira delas, é possível observar que o anteprojeto do relator da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos

Coletivos e Garantias (da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher), além de apresentar o controle de constitucionalidade como uma das formas de exercício da soberania popular[29], chegou a propor uma ampliação significativa da participação democrática no processo de interpretação e controle constitucional: a de que qualquer cidadão pudesse promover diretamente ações de inconstitucionalidade[30], independente da capacidade postulatória, ao Supremo Tribunal.

No entanto, a proposta foi rechaçada. "Nem tanto ao mar, nem tanto à terra" nas palavras do constituinte João Agripino, durante uma das discussões da mesma Subcomissão na Subcomissão dos Direitos Políticos, sob a fundamentação de que o Supremo Tribunal "jamais daria vencimento às representações por inconstitucionalidade se qualquer um tivesse acesso a essa representação" (Assembleia Nacional Constituinte, 1987b).

O mesmo debate era travado na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo), que, no entanto, partia de um anteprojeto mais restrito, que apresentava como "partes legitimas para propor ação de inconstitucionalidade, o Presidente da República, as Meses do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas Estaduais, a das Câmaras Municipais, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos devidamente registrados e o Promotor-Geral Federal" (Assembleia Nacional Constituinte, 1987c, p. 12).

E na Subcomissão de Garantias da Constituição, Reforma e Emendas (da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia

29 O Anteprojeto do Relator da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias propunha no art. 3º: "Art. O povo exerce a Soberania: (...) VI - pela ação direta de inconstitucionalidade por norma, ação ou omissão" (Assembleia Nacional Constituinte, 1987a, p. 6).

30 O Anteprojeto do Relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher propunha no art. 39: "Qualquer cidadão é parte legítima para propor diretamente ação de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público". (Assembleia Nacional Constituinte, 1987a, p 12).

das Instituições), um outro rol de legitimados era sugerido, partindo de uma diferenciação entre a legitimação para a propositura da "ação de inconstitucionalidade em tese" e da "ação de inconstitucionalidade por omissão". Para a primeira, o rol de legitimados sugerido era o Presidente da República, o PGR, cinquenta Deputados, vinte Senadores, Assembleia Legislativa "por decisão da maioria seus membros", "dez mil cidadãos", as entidades associativas de âmbito nacional, "criadas por lei e com mais de um ano de funcionamento" e o "Defensor do Povo, nas questões que lhe são pertinentes" (Assembleia Nacional Constituinte, 1987a, p. 28). E, para a inconstitucionalidade por omissão, o PGR, "de ofício ou a requerimento de qualquer cidadão"; as entidades associativas de âmbito nacional, criadas por lei e com mais de um ano de funcionamento; os Tribunais Superiores; um terço de qualquer uma das Câmaras do Congresso Nacional; e, por fim, "aquele que diretamente sofrer violação de direito, por inércia do Poder Público." (Assembleia Nacional Constituinte, 1987a, p. 29)

Após as emendas aos anteprojetos dos relatores, a Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias e a Subcomissão de Garantias da Constituição, Reforma e Emendas apresentaram proposta textual idêntica em seu respectivo Anteprojeto da Subcomissão: exatamente a sugestão do Anteprojeto apresentado acima pelo Relator da Subcomissão de Garantias da Constituição, Reforma e Emendas. Ou seja, a proposta de que legitimidade ampla de qualquer cidadão para atuar no controle de constitucionalidade foi excluída, mas subsistia, para essas duas subcomissões, a proposta de que, coletivamente, "dez mil cidadãos" pudessem propor ação direta de inconstitucionalidade e que um cidadão que "diretamente sofrer violação de direito, por inércia do Poder Público" também pudesse se utilizar da ação de inconstitucionalidade por omissão. A Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, por outro lado, apresentou em seu anteprojeto basicamente a mesma sugestão do anteprojeto do relator, acrescento ao rol "os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça", e "os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil" ao lado do Conselho Federal.

Na fase seguinte, das Comissões, no entanto, alterações significativas aconteceram: a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (na qual estava inserida a Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias) exclui de seu texto o rol de legitimados do controle de constitucionalidade e a Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições (na qual estava inserida a Subcomissão de Garantias da Constituição, Reforma e Emendas) exclui a diferenciação entre a legitimação para a ação de inconstitucionalidade "em tese" e "por omissão", reduzindo significativamente o rol, especialmente no que se refere às possibilidades de participação social até então discutidas - são excluídos do rol a menção à legitimidade de "dez mil cidadãos", das "entidades associativas de âmbito nacional", do "Defensor do Povo", e "aquele que diretamente sofrer violação de direito, por inércia do Poder Público".[31] Entretanto, na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (na qual estava inserida a Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público), embora tenha havido pequeno refinamento do rol até então apresentado, não houve nenhuma alteração que pudesse identificar ou fomentar uma maior participação popular ou democrática.[32]

31 O substitutivo do relator assim dispunha no Art. 50. "São partes legítimas para propor a ação de Inconstitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - o Procurador-Geral da República;
III - O Governador de Estado;
IV - as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mediante proposta de um quinto dos membros de cada Casa;
V - as Assembléias Legislativas, por decisão da maioria de seus membros;
VI - o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil,
VII - a direção nacional dos Partidos Políticos." (Assembleia Nacional Constituinte, 1987d)

32 O substitutivo do relator assim dispunha no Art. 75 – "São partes legitimas para propor ação de inconstitucionalidade:
I - o Presidente da República
II - o Primeiro Ministro
III - a Mesa do Senado Federal
IV - a Mesa da Câmara dos Deputados
V- a Mesa das Assembléias Estaduais
VI - os governadores de Estado

Nesta etapa do processo constituinte, portanto, o que se vê é que os textos propostos pelas Comissões Temáticas estabelecendo o rol de legitimados para o controle de constitucionalidade começam a convergir e caminhar para uma enumeração bastante parecida com a atual. Em comum, as duas propostas legitimavam o Presidente da República, o PGR, os Governadores de Estado, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mediante proposta de um quinto dos membros de cada Casa e as Assembleias Legislativas estaduais. E, enquanto a Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições sugeria a inclusão do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil e da direção nacional dos Partidos Políticos como legitimados, a Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo incluía os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça.

É emblemático, no entanto, como as duas propostas, ainda que se aproximem, se distanciam das sugestões que buscavam ampliar o rol de legitimados que estavam ancoradas na promoção e ampliação da participação social. Mais emblemático ainda é perceber, nos documentos oficiais, que esse afastamento não encontra respaldo em nenhuma das emendas ou sugestões de alteração dos anteprojetos de Subcomissões. Isto é, nenhuma das emendas sugeridas pelos constituintes às Comissões da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições e da Organização dos Poderes e Sistema de Governo propuseram a exclusão, do rol de legitimados ao controle de constitucionalidade, dos "dez mil cidadãos", das "entidades associativas de âmbito nacional", do "Defensor do Povo", e daquele "que diretamente sofrer violação de direito, por inércia do Poder Público".

Muito pelo contrário, as emendas aos anteprojetos das Subcomissões – etapa intermediária entre os anteprojetos das

---

VII - os Tribunais Superiores
VIII - os Tribunais de Justiça
IX - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
X - os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional
XI - o Procurador Geral da República" (Assembleia Nacional Constituinte, 1987f) Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-101.pdf Acesso em 8 ago. 2024.

Subcomissões que contemplavam algum nível de participação social e os substitutivos das Comissões que a excluem – é possível verificar a presença de diversas sugestões voltadas à ampliação da legitimação para o controle constitucional e não a sua limitação. Nas emendas, é possível observar sugestões de inclusão das entidades associativas de âmbito nacional[33], de redução do número de "dez mil cidadãos" para "cem cidadãos"[34], da legitimação das "pessoas jurídicas de direito privado"[35], dos sindicatos[36] e as entidades associativas de âmbito nacional[37], das Câmaras Municiais[38] e até mesmo de que "qualquer cidadão ou pessoa jurídica" fosse "parte legítima para representar ao Tribunal Constitucional por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual"[39] (Assembleia Nacional Constituinte, 1987g, p. 103).

5 O DESAFIO DO ACESSO AMPLIADO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ainda que os projetos discutidos na ANC a partir da fase de Comissões não tenham cogitado manter a legitimidade do controle de

33 Emenda 400136-2 de autoria dos Deputados José Genoíno e Paulo Delgado (Assembleia Nacional Constituinte, 1987g, p. 34)

34 Emenda 400155-9 de autoria do Deputado Saulo Queiroz (Assembleia Nacional Constituinte, 1987g, p. 39)

35 A Emenda 400158-3 de autoria do Deputado Saulo Queiroz propunha a inclusão de "vinte pessoas jurídicas de direito privado" no rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Assembleia Nacional Constituinte, 1987g, p. 40) e a Emenda 400160-5 do mesmo autor propunha que "qualquer pessoa jurídica de direito privado, quando diretamente sofrer violação de direito, por inércia do Poder Público" no caso da ação de inconstitucionalidade por omissão (Assembleia Nacional Constituinte, 1987g, p.41)

36 Emenda 400304-7 de autoria do Deputado Cunha Bueno (Assembleia Nacional Constituinte, 1987g, p. 76) e Emenda 300532-1 de autoria do Deputado Francisco Amaral (Assembleia Nacional Constituinte, 1987h, p. 143)

37 Emenda 400304-7 de autoria do Deputado Cunha Bueno (Assembleia Nacional Constituinte, 1987g, p. 76)

38 Emenda 400375-6 de autoria do Deputado Airton Sandoval (Assembleia Nacional Constituinte, 1987g, p. 93)

39 Emenda 400422-1 de autoria do Constituinte Paulo Marcarini.

constitucionalidade abstrato ao PGR e que tenha havido um inegável esforço em alterar o modelo vigente, ampliando significativamente o rol de legitimados – se comparado às constituições anteriores –, o que se percebe é que o texto constitucional, neste ponto, não correspondeu exatamente às propostas e discussões implementadas especialmente nas duas primeiras etapas do processo constituinte (das sugestões e das subcomissões), nas quais o clamor e a própria participação popular se faziam mais presentes.

A lacuna entre o que foi proposto em termos de participação social no controle de constitucionalidade abstrato e o que efetivamente os textos colocados em discussão no Plenário contemplaram, não pode ser explicada pelos documentos oficiais, mas provavelmente às forças políticas majoritárias que esforçavam em se mostrar abertos a ampliar a participação popular, mas, na prática, resistiam em compartilhar verdadeiramente a representação política que detinham (Lin, 2010, p. 22).

Mas isso não significa um absoluto fracasso da busca por um acesso popular, tendo havido ganhos, inclusive, em etapas seguintes, como no segundo turno da etapa de Plenário, quando a legitimação das entidades de classe de âmbito nacional é recuperada, depois de ter sido 'abandonada' na fase das Subcomissões. E, ao fim e ao cabo, as forças populares e os movimentos sociais saem do processo constituinte com, no mínimo, mais três caminhos descentralizados para a mobilização de direitos via controle de constitucionalidade: o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A inclusão desses legitimados possibilitou que diferentes atores da sociedade civil e do sistema político pudessem questionar a constitucionalidade de leis e atos normativos, contribuindo para uma maior pluralidade de vozes e perspectivas na discussão sobre a conformidade das normas com a Constituição – que tem como princípio e objetivo a promoção de uma sociedade mais inclusiva e plural – ainda que estejamos falando de uma participação formal,

indireta e intermediária, movimentada por instituições ou associações incumbidos de proteger o interesse público e coletivo (Cabral, 2003, p.113), sendo, portanto, uma participação traduzida, passível de ruídos e, inclusive, equívocos.

Porém, essa participação também não é autoevidente ou autoaplicável pelo texto constitucional, mas se sujeita à interpretação pelo órgão máximo do Poder Judiciário, para tanto designado, o STF. E, como sinaliza Gomes (2014, p. 119), os primeiros anos pós-1988 acabaram sendo marcados por uma "jurisprudência defensiva", limitadora do texto do artigo 103 – de quem, no rol, teria, por exemplo, 'legitimidade universal' para propositura do controle de constitucionalidade envolvendo qualquer questão e quem teria uma legitimidade limitada a questões de sua competência; de quais entidades ou associações podem ser assim consideradas legítimas para a jurisdição constitucional e quais não - e em grande medida incompatível com os novos valores constitucionais e com o anseio de participação social da Constituição de 1988.

Por outro lado, a Constituição de 1988 e a trajetória política brasileira no pós-Constituição de 1988 marcam a ampliação dos poderes do STF no cenário político nacional. E, por meio de interpretação constitucional, o STF pode "ampliar ou restringir o escopo de sua própria jurisdição, bem como as vias para acessá-la, impedindo que certos casos potenciais sejam levados para o seu julgamento ou facilitando que certos temas ou questões entrem na sua pauta decisória" (Arguelhes e Ribeiro, 2016, p. 427-428), como tem, efetivamente, feito.

Existe uma "permeabilidade social seletiva" (Gomes, 2020) do STF que atinge potencialmente os atores legitimados de maior potencial de incorporação do paradigma da participação social no controle de constitucionalidade, mas também se manifesta na ausência de requisitos ou pressupostos que efetivamente garantam a participação social almejada com a ampliação do rol de legitimados, que não parece ser uma preocupação ou um critério de admissibilidade do controle de constitucionalidade. Isto é, independente de qual é o legitimado do art.

103 que movimenta a justiça constitucional, a aderência da população ao pleito não é, em algum momento, requisitada ou medida.

O apelo do fervor das articulações sociais pré-1988 pela democratização da interpretação constitucional, pela participação social no Sistema de Justiça e a promessa de maior abertura para os cidadãos comuns se converteu, na jurisprudência do STF, na reprodução de mecanismos representativos formais e seletividade na permeabilidade dos debates político-jurídicos, sem grandes esforços em envolver verdadeiramente a população na interpretação constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação do rol de legitimados para o controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 representou um marco importante no fortalecimento da jurisdição constitucional brasileira. No entanto, como percebido ao longo deste trabalho, não é possível afirmar que esse avanço, por si só, tenha conseguido atingir plenamente os objetivos almejados pelos movimentos e constituintes que defendiam maior participação social direta no processo de interpretação constitucional.

Como se viu a partir da análise de documentos da ANC, os debates constituintes demonstraram um esforço significativo por parte de alguns constituintes em promover uma abertura maior para a participação popular no controle de constitucionalidade – com propostas como a legitimidade de qualquer cidadão para a propositura de ações de controle de constitucionalidade ou mesmo de um coletivo organizado coletivamente em um determinado número de pessoas, em critério semelhante ao que foi usado na própria Constituinte para as emendas populares. Mas essas propostas acabaram sendo rechaçadas em prol de um modelo mais restrito, sem um debate amplo a esse respeito.

Este resultado, embora frustrante, se alinha a diversos outros trabalhos que, no Brasil, tem ajudado a compreender como as tensões políticas firmadas no momento constituinte, entre o desejo de abertura democrática mais ampla, por um lado, e o esforço de manutenção das estruturas de poder dominante, por outro, limitaram o potencial de algumas discussões e, principalmente, de alguns instrumentos de participação social. Nesta disputa, como se sabe, o campo político mais conservador se firmou. E nas discussões sobre a (ainda maior) ampliação da legitimação para a interpretação constitucional não foi diferente.

Embora a inclusão de oito novos legitimados tenha possibilitado uma pluralização do debate constitucional, especialmente se considerarmos a limitação do sistema anterior vigente – cuja atribuição era exclusiva do PGR –, a participação efetiva da sociedade civil no modelo adotado pela Constituição de 1988 ainda se dá de maneira indireta e intermediada, por entidades que, em muitos casos, vão atuar de maneira desconectada dos interesses populares.

A análise da atuação do STF no período pós-Constituição de 1988 revela, ainda, uma jurisprudência que, em muitos momentos, se mostrou defensiva em relação à ampliação do acesso à justiça constitucional mesmo dentro do rol do art. 103 da Constituição. A rigidez dessa interpretação, então, acabou criando barreiras para uma participação mais efetiva da sociedade civil na defesa da Constituição e, assim, limitando, em certa medida, o potencial transformador da ampliação do acesso à jurisdição constitucional.

Ao refletirmos sobre os desafios atuais, é possível perceber que o caminho para uma verdadeira democratização do acesso à jurisdição constitucional ainda enfrenta entraves significativos. Embora o rol de legitimados previsto na Constituição de 1988 tenha representado um avanço em relação ao modelo anterior, ele não representa, por completo, os anseios do processo Constituinte (1986-1988) de ampliação da participação social na Constituição.

E, na verdade, os maiores desafios em relação à promoção de uma interpretação democrática da Constituição e à verdadeira

ampliação do acesso à justiça constitucional após 1988 parece não estar localizado exatamente no rol de legitimados e sim na lacuna existente entre os atores e a sociedade tomada em seu sentido plural, o que, por sua vez, também influencia a atuação e os sentidos da legitimação constitucional atribuídos pelo STF.

Essa constatação reforça a importância de abertura do cenário brasileiro a um constitucionalismo popular e democrático, que seja capaz de estabelecer diálogo entre as instituições, os atores legitimados e a população. Sem a participação social na construção dos sentidos e significados constitucionais, os caminhos para ampliação do acesso à justiça por meio do constitucionalismo – e para as reformas na 'sala de máquinas' – continuarão fechados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV** (online), v. 12, p. 405-440, 2016.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Relatório e Anteprojeto do Relator da IV.c – Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas (IV Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições).** Relator: Deputado Constituinte Lysâneas Maciel. Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte Fase A. Volume 137. 11 de maio de 1987. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-137.pdf> Acesso em 14/08/2024.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Relatório e Anteprojeto do Relator da I.b – Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e (I Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher).** Relator: Deputado Constituinte Nelton Friedrich. Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte Fase A. Volume 74. 14 de maio de 1987. 1987a. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/panorama-do-funcionamento/subcomissoes-tematicas/AnteprojetoRelatorv74.pdf> Acesso em 14/08/2024.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Anteprojeto da III Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo – III.c – Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público.** 1987c. Disponível em: https://www.camara.leg.br › internet › vol-114 Acesso em 14/08/2024.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Substitutivo da IV Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições.** Relator: Deputado Prisco Viana. Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte Fase F. Volume 122. Junho de 1987.1987d. Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-122.pdf> Acesso em 14/08/2024.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. **Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro** : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

BRANDÃO, Lucas Coelho. **Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988**: entre a política institucional e a participação popular. Dissertação apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Mestre. Sâo Paulo, SP. 2011.

CABRAL, Antônio do Passo. **Pelas asas de Hermes**: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Revista de Direito Administrativo, n. 234, p. 111-142, 2003.

CASSERES, Lívia Miranda Müller Drumond. **Kizomba: a Constituição-potência da Defensoria Pública Brasileira** / Lívia Miranda Müller Drumond Casseres; Orientador: Adriano Pilatti – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2019.

GARGARELLA, Roberto. **La "sala de maquinas" de las constituiciones latinoamericanas** – Entre lo viejo y lo nuevo. Revista Nueva Sociedad No 257, julio-agosto de 2015.

GARGARELLA, Robert. **El derecho como una conversación entre iguales**. Siglo Veintiuno Editores, 2021.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um Constitucionalismo Difuso**: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Cancelas Invisíveis**: "embargos auriculares", legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do supremo tribunal federal. Rei - Revista Estudos Institucionais, [S.L.], v. 6, n. 1, p. 55-82, 23 abr. 2020.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**, n. 88, p. 141-184, 2013.

LIMA, João Alberto de Oliveira. **A gênese do texto da Constituição de 1988** / João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos, João Rafael Nicola. — Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

LIN, Nelson Shih Yien. **Participação popular no legislativo federal – um estudo de seus mecanismos institucionais**: emendas populares no processo constituinte, iniciativa popular de lei e Comissão de Legislação Participativa (CLP). Dissertação apresentada à Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas (FFLCH) da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política. São Paulo, SP, 2010.

MARONA, Marjorie Corrêa. **Acesso à Qual Justiça?** A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte, 2013.

NERIS, N. **A voz e a palavra do movimento negro na Constituinte de 1988.** 1ª edição, Editora Letramento, Belo Horizonte, 2018.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SOARES, Iara Duque. Acesso coletivo à justiça, litígio de interesse público e advocacia privada: possibilidades e desafios para a transformação social pela vida dos direitos. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SOUZA, Cibele Aimée de; MONTEIRO, Wilson de Freitas (org.).**Acesso à justiça pela via dos direitos em perspectiva.** São Paulo: Editora Dialética, 2023, p. 13-32.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. **Acesso à Justiça**: das ondas renovatórias ao contexto da pós-pandemia da Covid-19. Minas Gerais, 2020.

PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jair. A decisão pela não-democracia: a recusa da iniciativa popular de emendas na constituinte brasileira. Núm. 23 (2022): **História Constitucional** N. 23 (2022). Disponível em <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/818> Acesso em 05 de set de 2024.

QUIRINO, Célia Galvão & MONTES, Maria Lúcia. **Constituições Brasileiras e Cidadania.** São Paulo: Ed. Ática, 1987.

ROA, ROA, Jorge Ernesto. A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, V. 28, N. II, p. 91-115, maio/ago. 2023.

ROCHA, Enid. A **Constituição cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social**: avanços e desafios. 20 anos da constituição cidadã: avaliação e desafio da seguridade social, Anfip, Brasília, 2008.

SENADO FEDERAL**. Exposição virtual "Participação Popular: os 25 anos da Constituição Cidadã".** Brasília: Senado Federal, 2013.

Disponível em: <https://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/exposicao-senado-galeria/participacao-popular.htm>. Acesso em: 08/08/2024.

WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Revista Pensar**, Fortaleza, n.2, jul. /dez. 2011.

MINIMALISMO JUDICIAL: O CAMINHO DO MEIO PARA UM SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL MAIS AUTOCONTIDO

JUDICIAL MINIMALISM: THE MIDDLE PATH TO A MORE RESTRAINED BRAZILIAN SUPREME COURT

Cláudio Ladeira de Olvieira[40]

Lucas Pieczarcka Guedes Pinto[41]

Resumo: O regime instalado pela Constituição Federal de 1988 lançou o Supremo Tribunal Federal a um lugar central na vida institucional brasileira. E tal centralidade parece ser reforçada por uma postura hermenêutica nada autocontida dos integrantes da Corte. Há defesas e críticas à atual postura do Judiciário brasileiro. Assim, sem negar os acertos decorrentes da centralidade do STF, é imperioso o estudo de posturas judiciais que possam calibrar modo de atuação do Poder Judiciário. Este artigo intenta encontrar/construir um arranjo teórico capaz de preservar os aspectos positivos de uma atuação robusta do Judiciário nas matérias em que isso seja desejável, mas, ao mesmo tempo, promover a autocontenção judicial. Para tanto, irá se propor o minimalismo judicial, em suas vertentes burkeana e racional, como uma teoria promissora para atender esta dupla missão.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Minimalismos, Burkeano; Racional; Autocontenção.

Abstract: The regime established by the 1988 Federal Constitution placed the Brazilian Supreme Court at the center of the country's institutional life. This centrality seems to be reinforced by the Court's members adopting a rather unrestrained hermeneutic

40 Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutor em Direito Constitucional pela UFSC, professor coordenador do grupo de pesquisa GCONST. claudioladeiradeoliveira@gmail.com.

41 Juiz Federal da Justiça Federal da 4ª Região, Mestre em Direito Constitucional pela UFSC. lucaspgp82@gmail.com.

posture. There are both defenses and criticisms of the current stance of the Brazilian judiciary. Thus, without denying the merits stemming from the Supreme Court's central role, it is essential to study judicial postures that can balance the judiciary's actions. This article aims to find/build a theoretical framework capable of preserving the positive aspects of a strong judicial role where it is desirable while promoting judicial restraint. To this end, judicial minimalism, in its Burkean and rational strands, will be proposed as a promising theory to fulfill this dual mission.

Keywords: Judicial Activism; Minimalism; Burkean; Rational; Restraint.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou o Supremo Tribunal Federal (STF) a uma posição central na vida institucional brasileira, algo reforçado por uma postura hermenêutica pouco autorrestritiva de seus membros. Frequentemente, os julgamentos da Corte trazem declarações que a apresentam como peça fundamental na concretização de um projeto considerado moderno e transformador. Há, inegavelmente, aspectos positivos nessa abordagem, especialmente em questões que envolvem os direitos de minorias, ocasiões em que postura expansiva pode ser benéfica – embora isso não seja garantido. Contudo, essa centralidade também traz alguns desafios.

O primeiro deles reside na legitimidade das cortes em decidir questões politicamente sensíveis, o que reflete a tensão inerente entre o controle de constitucionalidade e a democracia representativa. Outro ponto preocupante é a percepção de que o STF atua como um ator político, visto por vezes como adversário ou aliado potencial, algo que evidencia a politização da justiça, uma das consequências mais claras da judicialização da política. Dessas críticas e defesas ao STF, surgem dois pressupostos centrais deste artigo. O primeiro é o reconhecimento da intensidade do fenômeno de judicialização da

política no Brasil e, consequentemente, da politização do Judiciário. Esse cenário sugere a necessidade de maior autocontenção das cortes, tanto para distanciá-las da politização quanto para abrir espaço para que os Poderes representativos, com maior legitimidade, assumam a responsabilidade pelas decisões políticas mais sensíveis. O segundo pressuposto, por outro lado, reconhece que, em certos contextos, uma atuação mais enérgica dos tribunais é justificável, especialmente na defesa dos direitos das minorias.

O desafio, portanto, é construir um arranjo teórico que equilibre esses dois aspectos: preservar os benefícios de uma atuação firme do Judiciário quando necessário, sem perder de vista a importância da autocontenção. Esse equilíbrio, denominado aqui como 'dupla missão', não se limita a criticar ou defender a atuação do STF, mas busca conciliar essas duas abordagens, propondo o minimalismo judicial como uma solução teórica capaz de promover a moderação das cortes, sem excluir a possibilidade de intervenções mais incisivas quando apropriadas.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A DUPLA MISSÃO

O controle judicial de constitucionalidade, outrora descrito por Tocqueville como uma singularidade norte-americana (2010, p. 97), se espalhou a ponto de se tornar um elemento quase onipresente nas democracias liberais da atualidade. Cada vez mais, países adotam alguma forma de *constitutional review* a ser exercido pelo Poder Judiciário (Issacharoff, 2010, p. 4-5). Se o crescimento do controle de constitucionalidade já se apresentava no pós-Segunda Guerra Mundial, tal processo se intensificou com o desmantelamento da União Soviética (Böckenförde, 2017, p. 186). E os números refletem essa tendência. Em 1951, o controle de constitucionalidade se encontrava

em 38% dos sistemas jurídicos do mundo, sendo que tal fração saltou para 83% em 2011 (Ginsburg e Versteeg, 2013, p. 4). Portanto, em maior ou menor grau, os judiciários passaram a ter o poder de retirar do ordenamento jurídico o ato legislativo considerado, pelo julgador, como incompatível com a constituição.

Correlata à propagação do controle de constitucionalidade, foi possível verificar uma dinâmica de deslocamento do eixo decisório de matérias politicamente sensíveis para as cortes em detrimento de órgão políticos - Legislativo e Executivo (Gravito, Diana, 2010, p. 36). A tal processo deu-se o nome de judicialização da política (Tate, Vallinder, 1995). É algo claramente perceptível em contextos politicamente diversos como EUA, Rússia, Namíbia, Filipinas, Canadá e União Europeia. Essa hipertrofia do controle de constitucionalidade judicial já foi caracterizada como a tendência institucional mais significativa do fim do século XX e do início do XXI (Gibson et al., 1998, p. 343).

Por sua vez, o Brasil não foge à regra. Ou melhor, foge em razão da agudeza do fenômeno local. Sobretudo no regime instalado pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar um lugar central na vida institucional brasileira. E tal centralidade é reforçada por uma postura hermenêutica nada autocontida por parte dos integrantes da Corte. De fato, não são raros os julgamentos que trazem proclamações de um papel bastante ativo do Tribunal, o qual é apresentado como um elemento incontornável à realização de um projeto tido, por seus Ministros, como moderno e transformador. E, muitas vezes, tal projeto envolve matérias altamente divergentes. Essa postura é claramente ilustrada no modo como um de seus mais destacados juízes — Ministro Luís Roberto Barroso — enxerga a corte: "Para além do papel puramente representativo, tribunais constitucionais desempenham, ocasionalmente, o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra" (Barroso, 2017, p. 60).

Isso não implica que o Supremo Tribunal Federal (STF) atue de forma constantemente expansiva. Existem, naturalmente, casos em que o Tribunal adota uma postura mais autorrestritiva. Um exemplo

notável são os julgamentos envolvendo a cassação de mandatos parlamentares por quebra de decoro, em que o Tribunal, ao longo dos anos, tem interpretado a questão como sendo de natureza política, à luz da *political question doctrine,* reservando ao Parlamento a prerrogativa de deliberar sobre o mérito da cassação (Bim, 2006, p. 67). Todavia, essa conduta autorrestritiva não é uma constante. Ao contrário, embora haja situações em que o STF realmente atue de maneira mais moderada, é inegável a tendência da Corte Constitucional brasileira em ampliar sua centralidade e expandir seu papel institucional sempre que possível. Independentemente do mérito ou demérito das decisões, é patente o caráter expansivo dos julgamentos relativos ao aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510), políticas de cotas raciais (ADC 41), criminalização da homofobia (ADO 26) e tipicidade penal do porte de *cannabis* para uso pessoal (Tema 506).

Clarifique-se desde já: não se afirma que essa linha de atuação judicial – seja no Supremo, seja em outra corte constitucional - produza inevitavelmente maus resultados. Há nela elementos positivos que são claros. Sobretudo no que toca a processos que lidam com direitos de minorias, posturas expansivas de tribunais por vezes se mostram benéficas, embora nem sempre assim o sejam (Sunstein, 2001, p. 57). Decisões como a proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 7277, que reconheceu a legitimidade das uniões homoafetivas, ou como a emanada pela Suprema Corte do EUA em *Brown v. Board of Education* (1954), que apontou como inconstitucional o regime de segregação racial nas escolas americanas, nada possuem de autocontidas, e devem ser celebradas.

Inclusive, é importante destacar que, para a corrente dominante na teoria contemporânea do Direito Público, a adoção de uma postura maximalista pelas cortes deriva de uma concepção mais moderna de democracia. Nesse sentido, argumenta-se que uma atuação judicial robusta seria indispensável para a preservação do regime democrático. Sob essa perspectiva, a democracia não se limita ao exercício formal do governo pelo povo por meio de seus representantes, mas também

abrange uma dimensão substantiva que requer a proteção ativa por parte do Judiciário. A separação dos Poderes, a independência judicial, o Estado de Direito (*rule of law*) e, sobretudo, o respeito aos direitos humanos são valores fundamentais que, segundo essa concepção, devem ser resguardados pelas cortes, inclusive – e principalmente – quando isso implica a limitação da vontade da maioria. O papel do magistrado, nesse contexto, seria a salvaguarda dos aspectos substantivos da democracia, mesmo em situações de conflito com sua dimensão formal (BARAK, 2008, p. X). Segue o argumento apontando que, ao transferir a decisão ao Poder Judiciário, assegura-se a primazia do 'Direito', removendo do âmbito da política ordinária aquilo que foi constitucionalizado. Em síntese, consolidaria-se a supremacia da Constituição (Sajò; Itz, 2017, p. 24)."

No entanto, conforme argumentado por Ladeira de Oliveira (2022), a premissa de que a transição de uma questão dos parlamentos para o fórum judicial transforma essa questão em um "objeto" de análise realizado por juristas profissionais que atuam de forma "não política" e segundo um procedimento de "cognição", em vez de "decisão", reflete, no melhor dos casos, um desejo idealizado, mas não corresponde a uma realidade objetiva. Apesar dessa visão, a atuação dos tribunais envolve necessariamente um processo de "decisão" com efeitos que se estendem a toda a comunidade, em um contexto em que as divergências sobre a questão permanecem vivas. Assim, tal atividade é inevitavelmente "política", uma vez que transcende a simples aplicação de decisões previamente estabelecidas e expressas em textos legais elaborados anteriormente.

Exatamente por isso, surge uma preocupação bastante evidente ligada à legitimidade das cortes em decidirem matérias politicamente sensíveis. Trata-se da inerente tensão entre o controle de constitucionalidade com a democracia representativa: "um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam" (Ely, 2010, p. 6). Se a atividade interpretativa de boa parte das normas constitucionais depende de

uma alta carga valorativa, a qual é em alguma medida determinada pela inclinação ideológica do julgador, por que as decisões dos tribunais deveriam prevalecer sobre as escolhas do Legislativo? Em resumo, esta é a chamada dificuldade contramajoritária, descrita por Alexander Bickel (1962, p. 16).

E mais do que a preocupação com a legitimidade das Cortes, é preciso ter em mente que todo esse processo de hipertrofia judicial cria a tendência de mesclar a atividade judicante, sobretudo das altas cortes, com a política. O caso do Brasil parece servir como um bom exemplo dessa dinâmica. Pois, ainda que se identifiquem pontos positivos na centralidade do Supremo, surge, em contrapartida, a percepção de que a instituição é mais um *player* no jogo da política (Lunardi, 2020). Em razão desse papel central, os atores políticos ora enxergam na Corte um adversário a ser confrontado, ora um potencial aliado a ser atraído. Em última análise, trata-se do efeito colateral da judicialização da política, qual seja, a politização da justiça (Oliveira, 2022).

Por tais razões, sem negar os acertos decorrentes da centralidade do STF, os quais podem e devem ser preservados, é imperioso o estudo de posturas judiciais que possam calibrar modo de atuação do Poder Judiciário. Para o contexto brasileiro, portanto, o desafio é um tanto quanto paradoxal: precisa-se encontrar/construir um arranjo teórico que preserve os aspectos positivos de uma atuação robusta do Judiciário nas matérias em que isso seja desejável, mas, ao mesmo tempo, se deve promover a autocontenção judicial. Isso porque, embora existam, sem dúvidas, decisões judiciais que trouxeram claros ganhos civilizatórios, há que se apontar que uma alternativa no que toca ao posicionamento institucional das cortes é algo benéfico ao funcionamento do Estado. Em razão do fraco *pedigree* democrático dos tribunais — em comparação às instituições representativas —, uma postura autocontida dos tribunais parece mais adequada a um sistema constitucional funcional (Sunstein, 2018, p. 46). Não somente por afastar o Judiciário do processo de politização, mas também por gerar um espaço institucional importante, no qual as instâncias

representativas poderiam absorver e processar os dissensos sociais mais fundamentais. Haveria, assim, nessa nova forma de atuar das cortes, um elemento promotor da própria democracia deliberativa (Sunstein, 2001, 24).

Ora, na forma democrática de organização estatal o controle eleitoral é crucial. Portanto, uma doutrina constitucional que aloque as decisões mais fundamentais justamente nas autoridades que são, via de regra, responsáveis eleitoralmente (em especial os membros do Parlamento), termina por promover a própria essência democracia.

E é justamente dos críticos e dos defensores da postura do STF que se extraem dois pressupostos deste artigo: o primeiro deles se traduz na constatação da agudeza do fenômeno brasileiro de judicialização da política – e, como esperado, da politização do Judiciário. Essa primeira premissa aponta para necessidade de calibrar a atuação dos tribunais nacionais no sentido da autocontenção. Não só para afastar as cortes da politização, mas também para gerar o espaço necessário para que os Poderes representativos, melhor posicionados do ponto de vista da legitimidade, possam tomar as decisões políticas mais sensíveis. Por outro lado, o segundo pressuposto parte da ideia de que o contexto brasileiro justifica, ocasionalmente, uma atuação mais robusta dos tribunais, sobretudo no campo da defesa das minorias. O desafio, portanto, é um tanto quanto paradoxal: precisa-se construir um arranjo teórico que preserve os aspectos positivos de uma atuação firme do Judiciário nas matérias em que isso seja desejável, mas, ao mesmo tempo, se deve promover a autocontenção judicial. Aqui reside o que chamamos de desafio da dupla missão. Não se limitará a criticar ou defender a atuação dos tribunais pátrios, sobretudo do STF. Mas, mais que isso, se busca conciliação das duas posições, na medida que se aponta o minimalismo judicial como um arranjo teórico promossior a promover a autoconteção judicial, sem que isso signifique a supressão da possibilidade de, em alguns casos, os tribunais atuarem de maneira mais incisiva.

2.2 OS MINIMALISMOS

Mas, afinal, o que é o minimalismo judicial? Trata-se de um conceito que abrange diversas interpretações (Schmidt, 2022, p. 839). Contudo, três concepções se destacam como particularmente influentes: o minimalismo de Bradley Thayer, o minimalismo de Alexander Bickel e o minimalismo de Cass Sunstein. Todas essas abordagens visam, em última análise, calibrar a atuação do Poder Judiciário para promover um espaço institucional adequado para a atuação dos outros Poderes, essencialmente representativos.

No entanto, cada uma dessas concepções oferece uma proposta distinta para a atuação judicial. O minimalismo proposto por Thayer enfatiza a necessidade de deferência dos juízes em relação às decisões dos demais poderes. Assim, a invalidação de atos legislativos ou executivos ocorreria apenas em situações de patente inconstitucionalidade. Bickel, por outro lado, embora reconheça o valor do componente contramajoritário do controle de constitucionalidade, sugere que as cortes devem adotar "virtudes passivas". Em outras palavras, mesmo que o *judicial review* introduza um elemento de comprometimento dos princípios no governo representativo, as cortes devem agir com prudência, muitas vezes evitando decidir sobre as questões apresentadas (Schmidt, 2022, p. 853).

A terceira concepção 'canônica' é a de Sunstein, que distingue o minimalismo judicial pelo modo de decisão. Segundo Sunstein, uma corte minimalista resolve os casos sem privilegiar ou descartar qualquer teoria fundamental (seja política, religiosa ou filosófica), ao contrário das cortes maximalistas, que utilizam essas teorias como base para suas decisões. Esta distinção se manifesta na diferenciação entre julgamentos "rasos" e "profundos" (*shallow* e *deep*). Um julgamento raso, no entendimento de Sunstein, é aquele que não se apoia em uma teoria fundamental, enquanto um julgamento profundo se alinha a uma dessas teorias, excluindo outras (Sunstein, 2001, p. 13). Dentro da abordagem minimalista de Sunstein, ainda se observa uma divisão importante: o minimalismo burkeano, que se fundamenta na

tradição e é ajustado à resolução de conflitos institucionais específicos de cada país, e o minimalismo racional, mais voltado para questões relacionadas aos direitos humanos.

Entre as três concepções, o minimalismo de Sunstein parece se ajustar mais adequadamente ao sistema judicial brasileiro. Embora as outras abordagens não sejam completamente inadequadas para o Judiciário local, elas apresentam desafios significativos para sua aplicação prática.

O minimalismo de Thayer tem como ponto seminal o artigo intitulado *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitucional Law*, de 1893. Nesse trabalho, Thayer investiga a fundo as origens do controle de constitucionalidade norte-americano para concluir que seu desenvolvimento veio acompanhado de uma forte ideia de restrição judicial. Melhor explicando, a possibilidade do Judiciário retirar do Ordenamento uma norma tida como inconstitucional foi reconhecida em diversos momentos da história institucional dos EUA, inclusive na Convenção da Filadélfia de 1787. Contudo, sempre houve, paralelamente a isso, a constatação de que tal atribuição somente seria exercida em casos *claros* de inconstitucionalidade (Thayer, 1893, p. 14-15). Desse modo, o *judicial review* faria sentido tão-somente se praticado nas (raras) situações em que a inconstitucionalidade fosse patente e verificável além de qualquer dúvida. Por outro lado, caso fosse possível extrair do texto constitucional alguma interpretação razoável que se compatibilizasse com a lei analisada, deveria o Judiciário se abster de declarar inconstitucional a norma, ainda que os Magistrados entendessem, do ponto de vista pessoal, que outra interpretação da Constituição fosse a melhor. Citando Thomas Cooley (membro da Suprema Corte de Michigan de 1863 até 1885), Thayer ilustra bem a questão:

> The meaning and effect of it are shortly and very strikingly intimated by a remark of Judge Cooley,' to the effect that one who is a member of a legislature may vote against a measure as being, in his judgment,

> unconstitutional; and, being subsequently placed on the bench, when this measure, having been passed by the legislature in spite of his opposition, comes before him judicially, may there find it his duty, although he has in no degree changed his opinion, to declare it constitutional (Thayer, 1893, p 19).

O minimalismo de Thayer, portanto, indica que um ato legislativo deveria ser invalidado pelo Poder Judiciário apenas em casos de patente inconstitucionalidade. Em última análise, traz um Norte que aconselha deferência aos Poderes Representativos. E, embora seja uma teoria que, de fato, possa servir para calibrar a atuação do STF, parece carecer de uma proposta que concilie os efeitos positivos de uma atuação mais arrojada da Corte Constitucional, sobretudo no que toca a situações envolvendo direitos de minorias, com a necessidade de abertura de espaço institucional para os demais poderes.

A segunda forma "canônica" do minimalismo se apresenta naquilo que Alexander Bickel (1961, p. 50) descreveu como as "virtudes passivas" das Cortes. Para o Bickel um tribunal constitucional, ao atuar, teria três caminhos distintos: validar a lei, derrubá-la ou não fazer nada. Esta última atitude - "não fazer" - representaria aquilo que o autor denominou de virtudes passivas. O tribunal, até mesmo para se preservar institucionalmente, deveria abster-se de julgar de maneira ampla todo e qualquer caso que a ele se apresente, devendo atuar de maneira mais pontual e comedida. Em muitas situações, inclusive, a melhor solução, naquele momento, seria negar-se a julgar o caso. A prudência da corte, portanto, seria importante para gerar um ambiente em que os demais Poderes (representativos) teriam mais espaço para produzir resultados melhores (Bickel, 1986, p. 70).

Na visão de Bickel, portanto, uma corte minimalista precisaria, em algum grau, abster-se de julgar determinadas matérias, ao menos por algum tempo. E isso ocorre porque nem todo caso pode ser decidido de maneira satisfatória no primeiro momento em que é apresentado ao tribunal. Por vezes, a prudência indica que se espere

para que a corte profira uma decisão definitiva. Bickel reconhece, é verdade, como positivo o elemento contramajoritário do *judial review*, o qual "injetaria no sistema de governo representativo algo que não estava lá: o compromisso com princípios" (Susntein, 1999, p.10). Contudo, seja por razões de preservação institucional do próprio tribunal, seja para garantir tempo necessário para que os Poderes representativos analisem melhor a questão, a atuação minimalista, como concebida por Bickel, pressupõe algum grau de autocontenção do julgador na escolha do momento de julgar. Sua doutrina, portanto, é ligada à administração do tempo da decisão, tendo em conta que isso é imprescindível para que o tribunal "possa dialogar com a sociedade e com as instituições em proveito de uma solução aceitável em face dos princípios" (Marinoni, 2021, p. 197).

No contexto estadunidense, há algumas decisões que ilustram a questão administração do tempo da decisão. O julgado Dred Scott v. Sandford, de 1857, talvez seja o exemplo negativo mais claro – não só pelo conteúdo da decisão, mas também pela falta de prudência da Corte em tentar resolver uma questão que, como mostrou o curso dos eventos, não poderia ser pacificada judicialmente naquele momento (talvez sequer pudesse ser pacificada judicialmente em algum momento). Nesse julgado, a Suprema Corte dos Estados Unidos procurou definir a questão da escravidão ainda que a divergência sobre o assunto estivesse longe de qualquer consenso na sociedade americana. A Corte poderia ter se limitado aos estreitos contornos do processo (se a pessoa envolvida – Dred Scott –deveria ou não permanecer em servidão forçada), ou mesmo poderia ter se negado a decidi-la. No entanto, em uma atuação nada contida, tentou definir a questão de fundo acerca da justiça ou injustiça da escravidão (e o fez da pior maneira possível). É um tanto quanto temerário apontar qual seria o rumo dos acontecimentos históricos caso a Suprema Corte tivesse exercido as chamadas "virtudes passivas", deixando aberto caminho para uma solução no campo político. Entretanto, não é absurdo concluir que a tentativa da Corte de cristalizar a questão, a favor da escravidão, catalisou um processo de colapso institucional

que culminou na Guerra Civil americana (McPherson, 1988, p. 170-185).

Por outro lado, a Suprema Corte dos EUA parece ter sido prudente no que toca ao casamento gay. É o que se percebe quando se constata que, por anos, a Corte se esquivou de definir a questão da constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na mais famosa dessas 'esquivas' – Hollingsworth v. Perry (2013) – os *justices*, utilizando-se de aspectos formais, dispensaram o caso que envolvia uma proposição legislativa de consulta popular que poderia proibir o casamento homoafetivo. Alguns anos depois, contudo, a situação se alterou, pois finalmente veio a decisão que definiu o casamento gay como um direito constitucional: Obergenfell v. Hodges, julgada em 2015. A Corte parece ter aguardado a mudança social para proferir sua decisão (Sustein, 2015, p. 100-101), pois, segundo pesquisa de opinião, em 1996, apenas 27% dos americanos se mostravam favoráveis ao casamento gay. Tal percentual foi subindo paulatinamente até que, no ano da decisão Obergengell – 2015 –, alcançara algo em torno de 60%. A Corte aparentemente procurou administrar o tempo da decisão para proferi-la em um ambiente político mais receptivo[42].

Contudo, quando se tenta adaptar a doutrina das virtudes passivas ao Brasil, há alguma dificuldade. Isso porque Bickel possui como referência principal a Suprema Corte do EUA, a qual, por meio do *certionari*[43], exerce uma jurisdição amplamente discricionária, podendo inclusive negá-la de forma imotivada. No entanto, tal discricionariedade não se repete no Supremo Tribunal Federal. Por uma série de razões – que vão desde a instituição de um sistema de *judicial review* que mescla elementos do controle concentrado e do difuso até a própria natureza analítica da Constituição de 1988 –, a permeabilidade da Corte Constitucional brasileira é considerada uma das maiores do mundo (Mendes, 2005, p. 146). A teoria de

42 Vide pesquisa disponível em https://news.gallup.com/poll/393197/same-sex-marriage-support-inches-newhigh.aspx , acesso em 05.08.2024.

43 No contexto da Suprema Corte dos Estados Unidos, o termo *certiorari* refere-se a um procedimento formal pelo qual a Corte decide quais casos irão para julgamento.

Bickel, portanto, encontra difícil aplicabilidade no cenário brasileiro. Obviamente, serve de Norte minimalista ao Supremo, que poderia se utilizar de instrumentos processuais e hermenêuticos a fim de instituir filtros em sua jurisdição. Porém, certamente não haverá o mesmo grau de controle daquilo que chega à Corte, tal qual ocorre no tribunal contraparte americano.

Chega-se assim ao ponto de introduzir o minimalismo judicial de Cass R. Sunstein (2018). Parte o autor da premissa que a divergência é traço permanente em uma sociedade democrática, a qual precisa tomar decisões políticas sem que haja, muitas vezes, possibilidade de construção de consenso. E, considerando a atual hipertrofia judicial nas democracias, há que se analisar o papel dos tribunais, pois, enquanto árbitros do conflito social, precisam decidir em meio ao agudo dissenso naturalmente existente em qualquer sociedade plural. Um tribunal pode ter que decidir, por exemplo, acerca da constitucionalidade de determinada política de ação afirmativa (questão envolvendo divergências profundas), tendo como parâmetro o direito à igualdade (comando abstrato).

Ora, tribunais podem adotar posturas maximalistas, que tentam resolver as questões postas de uma forma a privilegiar determinada doutrina geral (filosófica, moral, religiosa etc.), e aqui surge a necessidade de o tribunal justificar-se como instância decisória adequada a definir tais questões, ou adotar uma postura mais autocontida. E, quanto a esta última forma, o minimalismo judicial tem um papel central (Sunstein, 2018, p. 4 e 39).

Primeiramente, é importante destacar que o minimalismo defendido por Sunstein transcende a mera recomendação para uma postura mais autorrestritiva dos tribunais. Embora uma corte minimalista, de fato, adote uma abordagem mais cautelosa ao invalidar as decisões políticas dos outros Poderes, ainda há espaço para a revisão judicial dessas decisões, em certa medida (Sustein, 2001). O aspecto mais significativo do minimalismo reside na autocontenção da corte em relação às doutrinas fundamentais. Em vez de buscar resolver questões amplas e complexas, o tribunal minimalista se

empenha em obter soluções concretas sem privilegiar ou descartar teorias gerais existentes. Esta autocontenção é o principal diferencial do minimalismo em comparação com os juízes maximalistas, que frequentemente fundamentam suas decisões em teorias gerais abrangentes.

Essa distinção na atuação dos tribunais é o que Sunstein denomina como julgamento "raso", em contraste com uma decisão "profunda" (*shallow* e *deep*). A corte minimalista, ao adotar um julgamento raso, resolve o caso específico sem se posicionar sobre teorias fundamentais (Sunstein, 2001, p. 13). A decisão rasa é aquela que não se baseia em uma teoria fundamental, enquanto a decisão profunda adota uma dessas teorias, excluindo outras. Adicionalmente, ao decidir, a corte minimalista se restringe ao caso específico apresentado, evitando a formulação de comandos gerais que poderiam se aplicar a situações diversas — o que Sunstein denomina como atuação estreita, em oposição a uma abordagem mais ampla (*narrowness* e *width*) (Sunstein, 2001, p. 10).

Os casos são resolvidos individualmente, promovendo uma construção jurisprudencial gradual e moderada. Essa abordagem reduz o risco de que decisões baseadas em um caso particular possam ter efeitos inadequados ou injustos em situações futuras não previstas pela corte. Assim, a postura estreita pode ser vista como um exercício de humildade judicial, pois reconhece a limitação de qualquer tribunal, por mais competente que seja, em criar diretrizes que sejam universalmente aplicáveis e sempre corretas.

Para ilustrar, há poucos exemplos melhores do que a questão envolvendo o aborto nos EUA. Isso porque foram proferidas manifestações judiciais que permitem confrontar a atuação de juízes maximalsitas e minimalsitas. Destaca-se aqui Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, julgado em 2022 pela Suprema Corte dos EUA. A questão dizia respeito à lei do estado do Mississippi, conhecida como *Gestational Age Act*, que proibia abortos eletivos após a 15ª semana de gestação. O pano de fundo da questão, envolta em

enorme dissenso social, era a existência ou não de alguma norma constitucional que garantisse o direito ao aborto às gestantes.

Contudo, antes disso de se analisar o julgado em si, é preciso delimitar como se encontrava a questão do aborto nos EUA. De início, aponte-se que em Roe v. Wade (1973) a Suprema Corte havia declarado que o direito à privacidade – norma implícita decorrente do devido processo legal e reconhecida em decisões anteriores[44] – abrangeria a opção da mulher pelo aborto. No entanto, a Corte estabeleceu que tal direito não seria absoluto, permitindo, em certo grau, a regulação estatal de tal interrupção.

Esta possibilidade deu origem a divisão trimestral da gravidez (*trimester framework*). De acordo com o *trimester framework*, no primeiro trimestre da gravidez não haveria possibilidade de restrição, pelo Estado, da autonomia da mulher em decidir pelo aborto. A partir daí até o final do segundo trimestre (ou até a viabilidade extrauterina), existiria espaço para que o Estado regule/restrinja as condições da interrupção da gravidez, tendo por objetivo a promoção da saúde da mãe. Por fim, no terceiro trimestre, a partir da viabilidade extrauterina surgiria a possibilidade de regulamentação pelo Estado em razão da promoção da saúde da mãe e da potencial vida humana da criança.

O quadro se alteraria parcialmente na década de 90, pois, em Planned Parenthood v. Casey (1992), a Corte abandonou a regra do chamado *trimester framework*. O Tribunal confirmou a ideia central de Roe de que o direito à privacidade abarca à escolha da mulher quanto ao aborto. No entanto, a decisão estabeleceu que, diante dos avanços da medicina que anteciparam a viabilidade fetal, a definição da abrangência regulatória do Estado teria apenas dois períodos distintos, antes e depois da viabilidade de vida extrauterina. Haveria, a partir de Casey, a possibilidade de regulação estatal em qualquer período da gestação, desde que isso não representasse um ônus indevido (*undue burden*) ao direito da mãe ao aborto. E, por fim, seria possível a regulação estatal a fim de promover a vida potencial da criança após

44 Vide: Griswold v. Connecticut (1965) e Eisenstadt v. Baird (1972).

a viabilidade extrauterina, inclusive sendo legítima a proibição da prática do aborto pelo Poder Público após este marco temporal.

Tal arcabouço jurisprudencial sofreria substancial mudança no ano de 2022, pois o Tribunal afirmou em Dobbs v. Jackson Women's Health Organization (2022) que a Constituição americana não garante o direito ao aborto. Ou seja, a regra matriz estabelecida em 1973 de que seria possível extrair o direito à intimidade do devido processo legal, o que, em última instância, permitiria o aborto eletivo em dadas situações, foi totalmente superada. Com a nova decisão, passa a não haver proteção à mulher quanto ao aborto na Constituição, cabendo aos estados a decisão final acerca do assunto. É preciso apontar que há críticas à Roe justamente pelo seu tom maximalista. *Justice* Ruth Bader Ginsburg, por exemplo, afirmou que o julgado teve o efeito de paralisar o movimento político pró-aborto que vinha crescendo na década de 70 (Marinoni, 2022, p. 181).

No entanto, se Roe é passível de críticas pelo maximalismo, é igualmente verdadeiro que a Corte, em Dobbs, atuou de maneira igualmente maximalista – ou até mais. Como se apreende da *opinion of the court,* os juízes optaram por uma brusca guinada jurisprudencial, pois apontaram, expressamente, que o conteúdo do devido processo legal (14ª emenda) não abarcaria a escolha da mulher quanto ao aborto. Em outras palavras, a regra matriz de Roe, que enxergava na Constituição o implícito direito à intimidade autorizadora do aborto, foi rejeitada. Fundamentando a decisão, *justice* Samuel Alito, escrevendo pela maioria, asseverou que o devido processo legal apenas incorpora direitos não mencionados no texto constitucional quando estes estiverem profundamente enraizados na história institucional estadunidense, e, mais que isso, tão somente quando configurassem um elemento essencial à ideia protetiva de liberdade daquele país. O aborto, na visão da maioria, não se encaixaria nesses requisitos.

A amplitude da decisão (*width*) se expressa justamente em superar um direito implícito que outrora havia sido reconhecido pela Corte, adotando-se, para tanto, uma teoria profunda ("a Constituição não protege o direito à escolha da gestante quanto ao aborto"). Assim

agindo, o Tribunal abre espaço para a revisão de um sem-número de julgados que reconheceram direitos não expressos ligados à privacidade.

Bem é verdade que a maioria da Corte procurou explicitar que a nova interpretação não seria aplicável a outros casos envolvendo o direito à intimidade, tais como Griswold e Eisenstadt (uso de contraceptivos), Lawrence (criminalização da sodomia) e Obergefell (casamentos homoafetivos). Na percepção da Corte, a crítica diferença de Dobbs para os demais casos seria a existência de outro valor constitucional a ser sopesado: a proteção ao embrião. Tal aspecto, aos olhos da maioria, inexiste em situações envolvendo, por exemplo, o casamento gay. No entanto, a própria adoção de uma postura maximalista convida à utilização do precedente em casos futuros – e mesmo à revisão dos passados – algo que foi explicitamente aventado no voto concorrente de *justice* Clarence Thomas.

Por outro lado, *chief justice* John Roberts, embora tenha se juntado à maioria no que toca ao resultado do julgamento, adotou uma postura minimalista em suas razões. Ou seja, Roberts também considerou constitucional a lei do estado do Mississippi que proíbe abortos eletivos após a 15ª semana de gestação, entretanto, sua motivação foi bem diversa dos demais membros. Primeiramente, anunciou que a Corte deveria atuar de maneira a decidir somente aquilo que é necessário para se chegar à resolução do caso. Apontou, em seguida, que, em Dobbs, não havia necessidade de se superar o precedente já estabelecido há décadas em Roe/Casey. Haveria, pois, um caminho menos maximalista para a Corte.

Nesse ponto, Roberts identificou duas regras estabelecidas nos julgamentos anteriores da Corte. A primeira delas seria a regra matriz de Roe que afirma o direito ao aborto com base na intimidade (amparada pelo devido processo legal). A segunda regra, por sua vez, se trata do marco temporal, estabelecido em Casey, baseado na viabilidade fetal. Para Roberts, uma postura mais autocontida da Corte apontaria para a superação da segunda regra, mas indicaria, por outro

lado, a manutenção da primeira, sobretudo em se tratando de uma cultura jurídica bastante ancorada na força vinculativa do precedente:

> Following that "fundamental principle of judicial restraint," Washington State Grange, 552 U. S., at 450, we should begin with the narrowest basis for disposition, proceeding to consider a broader one only if necessary to resolve the case at hand. See, e.g., Office of Personnel Management v. Richmond, 496 U. S. 414, 423 (1990). It is only where there is no valid narrower ground of decision that we should go on to address a broader issue, such as whether a constitutional decision should be overturned. See Federal Election Comm'n v. Wisconsin Right to Life, Inc., 551 U. S. 449, 482 (2007) (declining to address the claim that a constitutional decision should be overruled when the appellant prevailed on its narrower constitutional argument).

E, de fato, superando-se apenas regra da viabilidade, o caso poderia ser resolvido analisando se a lei do Mississippi, que baniu abortamentos após a 15ª semana de gestação, seria compatível com a ideia central de Roe, qual seja, o aborto como um direito amparado no devido processo legal. Roberts faz, inclusive, este exercício e conclui que não há nenhuma incompatibilidade, pois a proibição pós-15ª semana daria tempo suficiente para a gestante exercer seu direito. Dessa forma, a Corte poderia considerar constitucional o *Gestational Age Act*, sem adotar uma postura maximalista. O precedente, inclusive, não convidaria, como o faz atualmente devido ao maximalismo da maioria, à revisão de outros julgados ligados ao direito à intimidade. Tratando de maneira estreita a questão, o Tribunal não se veria constrangido em utilizar as mesmas razões em casos como Obergefell. Ademais, as leis estaduais futuras envolvendo aborto não seriam analisadas utilizando-se um comando amplo (como era o da viabilidade de Roe ou como é o fixado em Dobbs). No caso a caso, os justices apontariam se o ato

normativo em questão seria compatível com a regra matriz de Roe, bem como se as motivações do legislador seriam razoáveis.

2.3 A PROPOSTA

Chega-se, assim, à questão central, qual seja, como o minimalismo de Sunstein pode promover uma postura mais autorrestritiva dos tribunais, sem comprometer os benefícios de um controle de constitucionalidade mais vigoroso. A tarefa é um tanto quanto desafiadora. Não é fácil encontrar o ponto ótimo entre a autocontenção e a atuação judicial robusta. Nem sempre – ou quase nunca – haverá consenso acerca da avaliação de qual caso demanda intervenção judicial mais expansiva. É preciso, portanto, refinar o minimalismo trazendo um Norte a ajudar nos tipos de casos que demandam autocontenção e em quais situações o arrojo judicial é desejável. Tal critério é essencial, pois dizer que há situações em que o tribunal deve agir de maneira minimalista e outros de modo arrojado, sem identificá-las *a priori* em alguma medida, deixando a cargo do próprio julgador tal definição, contribuiria muito pouco, ou nada, na busca por melhora do sistema judicial.

O refinamento parece residir na subdivisão do conceito de minimalismo. Sunstein (2015), ao abordar o que denomina como "*personae constitucionais*" — papéis e autorrepresentações que distinguem um juiz dos demais —, identifica duas formas principais de minimalismo: a burkeana e a racional. Ambas as formas visam desenvolver a prática judicial de maneira gradual, com passos cuidadosos e comedidos. Contudo, enquanto o minimalismo burkeano atribui grande importância à tradição, utilizando-a como base para a motivação das decisões judiciais, o minimalismo racional fundamenta suas justificações em argumentos racionais, frequentemente adotando uma postura cética em relação à tradição (Sunstein, 2015).

O minimalismo burkeano apresenta um apelo considerável na área da separação de poderes, especialmente em casos que envolvem o

desenho institucional do Estado. Esse aspecto é evidenciado pelo papel das agências independentes nos Estados Unidos, como, por exemplo, o *Federal Reserve Board*, que foram estabelecidas pelo Congresso com o endosso da Suprema Corte ao longo de várias décadas (Chemerinsky, 2015). Ignorar essas práticas estabelecidas tradicionalmente poderia resultar em uma disrupção significativa no arranjo institucional norte-americano.

Por outro lado, o minimalismo racional é mais relevante em questões que envolvem direitos fundamentais. Este ponto é ilustrado por decisões relacionadas a leis que proíbem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como no caso Obergefell vs. Hodges (2015) (Sunstein, 2015, p. 79). Enquanto o minimalismo burkeano poderia enfatizar valores familiares tradicionais, o minimalismo racional estaria disposto a examinar criticamente esses valores, reconhecendo a possibilidade de que possam ser considerados injustos. Assim, o minimalismo judicial de Sunstein permite que os tribunais adotem uma postura autorrestritiva, ao mesmo tempo em que preservam a eficácia do controle de constitucionalidade, adaptando-se de forma sensível às especificidades dos casos e contextos, sendo que a subdivisão do minimalismo – bukeano e racional – fornece um norte a orientar a diferenciação dessas situações.

No que toca à versão burkeana, um exemplo brasileito – positivo, inclusive - se extrai da ADI n. 5469, julgada em 2021. Neste julgamento, o STF entendeu que a nova sistemática de cobrança de ICMS, trazida pela Emenda Constitucional n. 87/15, relativa a operações interestaduais envolvendo consumidor final, carecia, para sua efetiva aplicação, de Lei Complementar, a qual inexistia quando do julgado. No caso, como os Estados já estavam cobrando o ICMS nos termos da EC/87 desde a década passada, o novo entendimento geraria, se aplicado imediata e retroativamente, um ambiente deveras disruptivo no sistema tributário nacional. Mais que isso, no que toca às contas públicas de diversos entes federativos, seus efeitos seriam potencialmente "catastróficos". A fim de evitar esses problemas ligados à segurança jurídica, o Supremo permitiu que a nova hipótese de incidência, criada pela EC 87/15,

pudesse ser exercida pelos Estados, até o fim do ano de 2021, mesmo sem a existência de Lei Complementar. Nesse período, segundo os ministros, o Congresso Nacional poderia editar a necessária Lei a fim de que, após 31.12.2022, a continuidade da tributação fosse considerada válida. Percebe-se aqui a maneira Burkeana de agir do STF. Atentos ao fato de que o tributo, na forma da EC n. 87, vinha sendo cobrado há anos, os Ministros preferiram manter hígido o quadro fiscal, evitando assim um ambiente de insegurança institucional.

Mas talvez o melhor caso a ilustrar a diferença entre as versões do minimalismo seja o recente julgamento, proferido pelo STF, do tema 506 (*leading case* RE 635659). O processo abordava a questão da *cannabis* para uso próprio. Nesse processo, o STF proferiu uma decisão que possui dois eixos importantes. No primeiro deles, os Ministros, por maioria, definiram que não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem que isso signifique que tais condutas não sejam ilícitas do ponto de vista extrapenal. Ou seja, o uso da maconha foi descriminalizado, embora a conduta continue ilícita.

O outro eixo da decisão diz respeito aos elementos diferenciadores do crime de tráfico daquilo que constitui o porte de droga para consumo próprio. Como é notório, a Lei n. 11.343/06 não trazia um parâmetro objetivo para que se distinguisse uma conduta da outra. Desse modo, tal tarefa era realizada pelos atores do sistema criminal que se utilizavam de critérios construídos ao longo do tempo (por exemplo, se o acusado possuía ou não apetrechos comumente associados ao tráfico, tais como balança de precisão, cadernetas com anotações de transações, quantidade expressiva de papelotes utilizados para embalagem de entorpecentes, variedade das substâncias apreendidas etc.). A fim de diminuir a subjetividade dessa análise, algo que era alvo de inúmeras críticas, o STF definiu que será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas. Tal presunção, evidentemente,

é relativa, isto é, mesmo quantidades inferiores podem configurar crime de tráfico, quando presentes outros elementos que indiquem intuito de mercancia.

Antes de se analisar a decisão à luz dos minimalismos, cabe uma ressalva: ambos os eixos do julgado envolvem questões institucionais e, de certa forma, também dizem respeito aos direitos das minorias. No entanto, a preponderância varia. Na questão da (des)criminalização, o peso da institucionalidade parece ser maior – afinal, ainda que questões de direito criminal sempre costumem tangenciar preocupações ligadas aos direitos humanos - a fixação daquilo que é crime se liga, de forma preponderante, aos papéis institucionais dos órgãos do Estado. Por outro lado, os critérios de diferenciação entre tráfico e uso, além de ser matéria tradicionalmente afeta à hermenêutica judicial, possuem direta conexão com direitos das minorias, sobretudo quando se tem em mente aspectos concernentes à seletividade do sistema penal.

Voltando à análise do julgado, pode-se afirmar que seu primeiro eixo, que descriminalizou o uso da maconha, é indubitavelmente maximalista. Bem é verdade que, ao longo dos anos, houve um processo de mudança no tratamento legislativo que diversos países têm dado ao uso da *cannabis*. Cada vez mais, encontram-se exemplos de jurisdições que liberaram o uso recreativo desta droga. Contudo, também é acurado dizer que a questão envolve dissensos políticos bastante intensos. Ademais, o ordenamento brasileiro sempre tratou o uso da droga como uma atividade criminosa. E, mais que isso, o Parlamento, ao longo do tempo, procurou, em uma escolha política, diminuir os efeitos penais colaterais da criminalização, embora tenha sempre mantido seu caráter criminoso.

Tanto foi assim que, desde o advento da Lei n, 11.343/06, não havia previsão de pena de prisão à conduta do uso de droga. O Congresso parece ter escolhido o caminho da despenalização, mas não o da descriminalização. Aqui uma postura ligada ao minimalismo burkeano poderia ter se atentado ao papel institucional do Parlamento, respeitando suas escolhas, o que não ocorreu. Igualmente, como o sistema legal foi preparado por anos para tratar o uso da *cannabis*

como crime, a decisão criou um ambiente de potencial disrupção: não sendo crime, deve a autoridade policial levar o sujeito que portava alguns gramas de maconha a uma delegacia para aferir a quantidade de droga? O caso será processado em um juízo criminal ou cível[45]? Sendo a atividade um ilícito extrapenal, os demais entes da federação podem legislar sobre o assunto impondo penalidade administrativa[46]? Tais aspectos poderiam ser evitados se a Corte tivesse se pautado pelo minimalismo burkeano.

Por outro lado, o segundo eixo da decisão – diferenciação do tráfico e do uso – possui uma forte ligação com o direito das minorias. Isso porque, como apontaram alguns Ministros, na falta de um critério objetivo diferenciador do tráfico e do uso, praticava-se uma seletividade que gerava uma distorção bastante injusta: o sistema penal atuava com maior peso nos setores menos favorecidos da sociedade, ao passo que era leniente com segmentos sociais privilegiados. Nesse ponto, portanto, ante o envolvimento direto de minorias, o minimalismo racional parece ser uma opção mais acertada. Uma atuação mais contundente do STF, como de fato ocorreu neste segundo eixo da decisão, seria não só aceitável, mas também desejável.

3 CONCLUSÃO

Percebe-se que o minimalismo de Sunstein se mostra como um arranjo teórico promissor no contexto brasileiro. Primeiro porque funcionaria como instrumento crítico apto a afastar as posturas mais maximalistas do Judiciário – uma espécie de antídoto a minorar os

45 Essas duas questões foram abordadas pelo STF, que apontou que a autoridade policial apreendeu a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais.

46 Vide aqui o caso do Estado de Santa Catarina: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/projeto-aprovado-em-sc-pode-fazer-usuario-de-maconha-ser-punido-duas-vezes-entenda/ , acesso em 5/8/24.

efeitos colaterais da exagerada judicialização da política. Segundo porque apresentaria uma alternativa hermenêutica plenamente concretizável. E mais do que isso: seria uma proposição capaz de manter os aspectos positivos de um *judicial review* mais robusto (sobretudo aqueles ligados à defesa de minorias) e, paralelamente, construiria uma postura judicial autorrestrita. Essa dupla missão – de um lado, a superação do atual quadro de hipertrofia judicial e, do outro, a preservação dos aspectos positivos da robustez do controle de constitucionalidade brasileiro – pode parecer paradoxal, mas parece realizável em razão das duas vertentes do minimalismo de Sunstein.

Uma postura mais calibrada do Judiciário, orientada pelo minimalismo burkeano, garantiria um sólido quadro de estabilidade institucional, afastando o STF do centro político-institucional do país, ao passo que o minimalismo racional, por sua vez, garantiria uma atuação firme dos juízes em questões relacionadas aos direitos das minorias. Não é tarefa fácil encontrar o ponto ótimo entre o uma atuação forte das cortes e a autocontenção judicial, mas o minimalismo de Sunstein se apresenta como uma teoria promissora para tanto, sem dúvidas, a missão é tão desafiadora quanto necessária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARAK, Aharon. **A Judge in a Democracy**. New Jersey, Princeton University Press, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro,** São Paulo, Saraiva, 2011.

BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-von. **Admonitory Functions of Constitutional Courts: Germany: The Federal Constitutional Court**, 20 AM. J. COMP. L. 387, 1972.

COLLINGS, Justin,. **Democracy's Guardians - A History of the German Federal Constitutional Court - 1951–2001**. Oxford, Oxford University Press, 2015.

OLLINGS, Justin. **Appealing to Congress**, 50 U.C. Davis L. Rev. 463, 2016, BYU Law Research Paper No. 16-18, 2016.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**,Tradução Juliana Lemos, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010.

GRIMM, Dieter.**Constitutionalism - Past, Present, and Future**, Oxford, Oxford University Press, 2016.

KOMMER, Donald P., MILLER, Russel A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, 3ª ed, Durhan, Duke University Press, 2012.

LADEIRA DE OLIVEIRA, C. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt, Princípios, **Revista de Filosofia** (UFRN), [S. l.], v. 29, n. 60, p. 163–189, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

McPHERSON, James M. **Battle Cry of Freedom – The Civil War Era**. New York, Oxford University Press, 1988.

MENDES, Gilmar F. O apelo ao legislador - Appelentscheidung - na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã, **Revista De Direito Administrativo,** 188, 36-63, 1992.

MENDES, Gilmar F. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2005.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**, Tradução de Álvaro de Vita, São Paulo, Editora WMF Martins Pontes, 2010.

SAJÒ, András, UITZ, Renáta. **The Constitution of Freedom: an Introduction to legal constitutionalism**, New York, Oxford University Press, 2017.

SCHMIDT, Thomas P. **Judicial Minimalism in the Lower Courts**, Virginia Law Review, Vol. 108, pp. 829-913, 2022.

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

SUNSTEIN, Cass R. **Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law**, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 147, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**, New York, Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 2018.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

WEBBER, Grégoire C. N. **The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights.** Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

WINKLER, Heinrich A. **Histoire de l'Allemagne XIX-XX siécle – le long chemin vers l'occident***,* Munique: Fayard, 2005.

ÉTICA PROFISSIONAL E PODER DISCIPLINAR: UMA REFLEXÃO SOBRE A RESPONSABILIDADE ÉTICA DAS JUÍZAS

PROFESSIONAL ETHICS AND DISCIPLINARY POWER: A REFLECTION ON THE ETHICAL RESPONSIBILITY OF FEMALE JUDGES

Robson Gonçalves Valadares Filho[47]

Isadora Nunes Machado[48]

Resumo: O presente trabalho busca refletir sobre a relação entre as obrigações profissionais de papel e a moralidade pessoal. A partir disso, defende-se uma concepção integrada de ética judicial, argumentando ser o modelo adotado pelo sistema disciplinar judicial brasileiro. Por fim, analisa-se um caso de punição à luz dos critérios teóricos construídos.

Palavras-chave: ética profissional; responsabilidade moral; integridade; poder disciplinar.

Abstract: This paper reflects on the relationship between professional role obligations and personal morality. From this reflection, it defends an integrated conception of judicial ethics, arguing that this is the model adopted by the Brazilian disciplinary system. As a final step, it analyses one punishment case in order to apply the theoretical standards defended.

Keywords: professional ethics; moral responsibility; integrity; disciplinary power.

47 Mestre e Doutorando em Direito pela UFMG. Bolsista CAPES. rg.valadaresf@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1554704394776215.

48 Graduanda em Direito pela UFMG. Bolsista CNPq. isanunesmachado54@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5386751823799016.

1 INTRODUÇÃO

Por meio da Resolução n. 305/2019, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu parâmetros para regulamentar o uso das redes sociais por parte dos magistrados, somando-se às normas previamente estabelecidas pela Constituição da República, pela Lei Complementar 35/1979 e pelo Código de Ética da Magistratura Nacional, e servindo de fundamento para instauração de processo disciplinar pelo uso inapropriado das redes sociais em face de inúmeros magistrados.[49]

Um destes casos apresentou desfecho definitivo: a magistrada Ludmila Grilo foi aposentada compulsoriamente[50], por (entre outras) razões *de inadequação de conduta ética no contexto das redes sociais*[51], notadamente por críticas à atuação do STF no inquérito das *fake news*. O trabalho proposto analisará qualitativamente a justificação normativa da punição, buscando responder às perguntas: (1) qual é a relação entre os papéis profissionais-sociais de magistrados e a conduta ética extrajudicial? (2a) As razões para punição preponderantes no caso concreto são da natureza correta? (2b) Como interpretar a legitimidade de pronunciamentos extrajudiciais?

Parte-se do pressuposto de que o sistema brasileiro adota a tese da integração entre ética pessoal e ética profissional[52], o que gera duas consequências principais: (1) nega-se a tese da distância moral e psicológica típicas da concepção autônoma da ética profissional, i.e., a ideia de que as considerações práticas relevantes para o bom desempenho da função judicial são aquelas restritas ao universo específico da atuação judicial (Postema, 1980); (2) o exercício ético-

49 Panho, Isabela Alonso; Medeiros, David. Juízes de 'direita' e de 'esquerda': CNJ investiga 18 magistrados por postagens 'polêmicas'; veja. *Estadão*, fev. 2023.

50 TJMG, Reclamação Disciplinar n. 1.0000.21.225959-2/000.

51 Agência CNJ de Notícias. Juíza de Minas responderá a PADs por má gestão e uso indevido de redes sociais. 14. Fev. 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/juiza-de-minas-respondera-a-pads-por-ma-gestao-e-uso-indevido-de-redes-sociais/.

52 Veja-se, a título de exemplo, o Código de Ética da Magistratura Nacional: "Art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cônscio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral.".

profissional da magistratura implica *agir com responsabilidade no domínio da moralidade política e da moralidade pessoal* (Dworkin, 2011).

A título de hipótese, vislumbra-se que o afastamento da magistrada foi parcialmente inadequado porque puniu críticas legítimas feitas ao STF (dentro do escopo da responsabilidade ético-moral), deixando de punir condutas eticamente reprováveis. Para testar a resposta provisória, desenvolver-se-á a distinção entre conduta legítima e ilegítima a partir da diferença entre erro interpretativo (*mistake*) e desprezo (*contempt*) (Dworkin, 2011)[53].

2 DUAS CONCEPÇÕES DE ÉTICA PROFISSIONAL JUDICIAL

2.1 A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA PROFISSIONAL E ÉTICA PESSOAL, E A DUPLA DIMENSÃO DO PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE (DISTANCIAMENTO MORAL E DISTANCIAMENTO PSICOLÓGICO)

Em se tratando de ética profissional, diferentes concepções normalmente partem de um de dois pressupostos referentes à existência ou inexistência de uma categoria "especial" de deveres e obrigações morais decorrentes exclusivamente do fato de determinado agente desempenhar certa profissão. Nesse sentido, teorias da ética profissional são instâncias de teorias mais amplas cujo centro de discussão reside na problemática das obrigações especiais, ou seja, se faz sentido falar em diferentes perspectivas morais dentro de um único sistema moral, ou se existem "razões agente-relativas" – razões para ação que variam conforme o perfil moral do agente em questão (Jeske, 2021).

A discussão mais geral, portanto, diz respeito a se há certas obrigações morais que possuem um peso maior na deliberação prática em virtude de papéis sociais desempenhados pelo agente – superando, assim, obrigações morais "ordinárias" aplicáveis a todo e

53 Este trabalho é parte de um projeto em andamento.

qualquer agente. A título de exemplo, se uma pessoa é pai ou mãe, a parentalidade estabeleceria uma categoria especial de obrigações não aplicáveis às pessoas que não são pais ou mães? Ou, ainda, um agente que é professor possuiria certas obrigações especiais não aplicáveis aos agentes que não ocupam um cargo de professor? A filosofia da ética profissional reside nesse contexto geral cuja temática são as obrigações especiais estabelecidas por certos papéis desempenhados socialmente. E, ao que importa para esse trabalho, a ética judicial constitui um sub-ramo da ética profissional.

Uma vez estabelecido o campo da ética judicial como eixo temático, o segundo passo metodológico é direcionado a justificar o delineamento pela relação entre as (1) obrigações contraídas pelo papel profissional ocupado pela magistrada e (2) as obrigações gerais determinadas pela "moralidade ordinária", ou seja, pelo escopo de razões e deveres não profissionais, mas pessoais. O presente recorte está fundamentado no problema típico das sanções disciplinares por violações éticas aplicadas pelas instâncias administrativas (Tribunais e Conselho Nacional de Justiça – CNJ), a saber: qual é a conduta moralmente adequada dos magistrados fora do âmbito judicial-profissional? Em outras palavras: quais critérios ético-normativos são capazes de estruturar as obrigações especiais e ordinárias da magistratura (especialmente a magistratura brasileira)?

O direcionamento à problemática das sanções disciplinares fundamenta-se na divisão teórica entre duas concepções sobre a relação entre ética profissional e moralidade ordinária. Por um lado, tem-se a *concepção autônoma,* segundo a qual seria desejável que se separasse a ética profissional da ética aplicada à vida pessoal (Postema, 1980, p. 64)[54]; por outro lado, a *concepção integrada* defende que as perspectivas profissionais e pessoais devem compor conjuntamente um ideal de personalidade moral unificada (Postema, 1980, p. 82). O desacordo

54 As reflexões feitas por Postema (1980) partem majoritariamente das obrigações associadas ao exercício da advocacia. Por esse motivo, as particularidades que constituem a ética forense foram postas de lado, mas as premissas filosóficas gerais que guiam os argumentos de Postema foram retidas e servem como marco teórico do presente trabalho.

entre as duas concepções forma-se a partir de distintas visões sobre dois problemas que ameaçam a ética profissional: (1) o problema do distanciamento moral e (2) o problema do distanciamento psicológico.

Caracteriza-se o distanciamento moral como a lacuna entre moralidade pública-profissional e a moralidade privada-ordinária que ocorre quando o escopo de "considerações práticas que são, por si só, relevantes para uma decisão ética adequada em um papel profissional" é pressionado pelo escopo mais amplo da moralidade comum, e ambas as dimensões da moralidade acabam atribuindo "pesos diferentes para o mesmo conjunto de considerações" (Postema, 1980, p. 65). O distanciamento moral torna-se um problema porque potencialmente leva a conflitos práticos (Postema, 1980, p. 65) que ocorrem quando os deveres profissionais oferecem respostas distintas dos deveres morais abrangentes sobre qual é o curso de ação adequado.

Portanto, o fenômeno do distanciamento moral verifica-se na prática sempre que houver um descolamento entre as avaliações deliberativas feitas do ponto de vista da ética profissional com as avaliações realizadas do ponto de vista ordinário-privado. No entanto, um conflito ético em potencial não é absolutamente incontornável. Nesse quesito, é possível adotar uma posição cética, mas ela demanda um fundamento argumentativo em seu favor, não sendo possível simplesmente pressupô-la de início (Dworkin, 2011, p. 31).

Assim, o ceticismo com relação ao problema do distanciamento moral consiste em tomá-lo como indissolúvel e, em virtude desse diagnóstico, propõe-se duas alternativas céticas: (1) a ética profissional deve ser "desprofissionalizada", ao que isso significa dizer que "os deveres e responsabilidades de um profissional não são diferentes daqueles pertencentes a qualquer pessoa leiga em um problema moral similar" (Postema, 1980, p. 71), reduzindo-se a ética profissional à ética privada; ou (2) os deveres e responsabilidades profissionais sequer poderiam ser reduzidos aos princípios de moralidade privada porque falar em obrigações oriundas de papeis sociais é uma violação da responsabilidade individual, razão pela qual o segundo argumento

cético clama pela ilegitimidade da moralidade profissional (Postema, 1980, p. 74-75).

Além do distanciamento moral (resumido na maneira pela qual se concebe a relação entre moralidade pública-profissional e moralidade privada-pessoal), o distanciamento psicológico é a outra dimensão pela qual pode-se abordar a ética profissional e sua força na agência prática de seus agentes. Por "distância psicológica", entende-se a variação de grau de identificação de um agente com os preceitos éticos da profissão da qual faz parte, isto é, o nível de alinhamento entre sua identidade pessoal e o papel desempenhado (Postema, 1980, p. 75). A distância psicológica é uma questão de grau, pois:

> [...] é possível identificar-se, ou distanciar-se, com essa autoimagem em vários graus. Quanto mais alguém se identifica com o seu papel, torna-se mais provável que o senso de personalidade seja moldado pelas características definidoras da função. Em um extremo, a identificação máxima é caracterizada por uma aceitação incondicional dos deveres e responsabilidades do cargo. Para a pessoa que se identifica em grau máximo com seu papel, a resposta "porque sou um advogado", ou mais genericamente "porque esse é o meu trabalho", é uma resposta completa à questão "por que fazer isso?". Por outro lado, há identificação mínima quando alguém se conforma apenas para evitar as consequências externas de sua falha, sem internalizar o papel ou seus princípios básicos. Inúmeros estados intermediários separam esses dois extremos (Postema, 1980, p. 75)[55].

As dimensões morais e psicológicas estão interligadas, uma vez que "o nível de identificação com o papel ocupado é uma função não apenas da personalidade moral, mas também da distância moral entre

55 Para os propósitos deste trabalho, interessa refletir que tipo de situação tornaria moralmente justificada a resposta "porque sou uma juíza/um juiz". Esse ponto será abordado mais à frente.

a moralidade de papel e a moralidade privada do agente" (Postema, 1980, p. 75). Ou seja, o engajamento psicológico e a internalização de um agente das razões morais oferecidas pelo cargo ocupado profissionalmente afetam – e deixam-se afetar – o fenômeno do distanciamento moral. Deste modo, quão maior for a lacuna entre moralidade profissional e moralidade privada (distanciamento moral), maior será a tendência de adotar-se um dos dois graus extremos de distanciamento psicológico (Postema, 1980, p. 75), de tal forma que, em se tratando de um grau máximo de internalização, o agente perderá a sensibilidade às considerações de moralidade ordinária, e, no caso de um grau mínimo de internalização, o agente perderá a sensibilidade às considerações de moralidade profissional, tornando-se um sujeito desengajado com sua própria profissão, incapaz de habitar o campo da *agência* em sua plenitude[56].

A partir da dinâmica conjunta dos distanciamentos morais e psicológicos forma-se o chamado problema da responsabilidade. O *problema da responsabilidade* surge quando determinado agente "Busca abrigo no papel profissional", situando "a responsabilidade por todos

56 Mantendo a discussão original feita por Postema (1980), para fins meramente ilustrativos, pode-se pensar no exemplo de um advogado que atua na área de direito de família. Se a consequência do distanciamento moral for o grau máximo de identificação profissional, como uma espécie de "fidelidade" ao cliente, pode ser que o advogado, ante um caso de divórcio litigioso em que é procurador de uma das partes, adote uma postura agressiva no ímpeto de satisfazer o que ele acredita ser o melhor interesse de seu cliente. Ou seja, nesse cenário de identificação máxima ante o distanciamento moral, despreza-se a moralidade comum ordinária, dessensibilizando-se com relação a questões moralmente sensíveis na resolução do caso, como, por exemplo, a relação entre os genitores e as crianças do casal, questões emocionais e afetivas que estariam sujeitas à lógica da moralidade comum-privada. Nesse cenário hipotético, o advogado – alienado da moralidade comum em grau máximo – não se importaria com as consequências da sua atuação para as relações familiares após o processo judicial. Lado outro, caso a identificação psicológica com seu papel for mínima, esse mesmo advogado familiar – aderindo à moralidade profissional em grau mínimo e de forma meramente estratégica – se tornaria insensível quanto ao que significa ser um bom advogado para seu cliente, podendo até mesmo adotar as mesmas táticas agressivas da situação em identificação máxima, mas em razão de um medo em ser alvo de algum tipo de denúncia de seu cliente ou da parte contrária ("por que você não questionou o valor de pensão alimentícia?", poderia acusá-lo o cliente irresignado, na ótica do advogado minimalista que baliza sua atuação ética apenas para evitar esse tipo de situação).

os seus atos à porta do autor institucional do papel" (Postema, 1980, p. 74). Em outras palavras, a estratégia da identificação psicológica, em qualquer grau, representaria uma falha moral do agente institucional (o problema da responsabilidade) explicada pela renúncia à sua autonomia plena, na medida em que substitui seu próprio juízo por diretrizes institucionais autoritativas pré-estabelecidas – o que implica um quadro de agência meramente conformador e, por consequência, irresponsável (Postema, 1980, p. 74).[57]

Pode-se dizer que ambas as concepções sobre a relação entre moralidade pública-profissional e moralidade privada-pessoal são uma tentativa de resolver o problema da responsabilidade. Na concepção autônoma, que separa o domínio ético-profissional da moralidade ordinária, agir responsavelmente é precisamente excluir as considerações éticas pessoais ora aplicáveis, uma vez que a própria existência de certos papéis sociais (como os de juízes, professores etc.) estaria justificada pelo fato de que tais papéis realizam funções que concretizam certos valores de importância compartilhada (Postema, 1980, p. 72). Na concepção integrada, que almeja a unificação entre os domínios éticos profissionais e pessoais, a responsabilidade moral do agente institucional decorre de sua capacidade compreensiva de concretizar a faculdade de julgamento prático nas diferentes perspectivas do domínio ético, levando em consideração os custos morais[58] de sua deliberação e ação (Postema, 1980, 79-80).

A partir da conceitualização preliminar, disponibiliza-se um novo instrumental teórico para analisar, de um ponto de vista

57 Na formulação mais radical de uma crítica a partir do problema da responsabilidade, a resposta "porque eu sou uma juíza/um juiz" jamais seria uma justificativa legítima a um questionamento moral ("por que agir desta forma?").

58 Por "custos morais", Postema (1980, p. 69) compreende "os elementos de uma ação e suas consequências no tocante a importantes preocupações, interesses, e necessidades dos outros que, na ausência de justificação especial, forneceriam razões morais substanciais, se não conclusivas, contra sua performance [da ação]". Os custos morais da agência prática institucional, portanto, são capazes de gerar razões genuínas para os agentes relevantes, evidenciando-se a dimensão intersubjetiva e de complexidade da agência ética profissional – uma vez que a própria noção de custos morais denunciaria a impraticabilidade de uma exigência de coerência em prol de "um todo harmonioso sem nenhuma perda ou custo" (Garcez, 2023, p. 14).

normativo, a relação entre ética profissional e ética pessoal no desempenho da magistratura[59]. Qual concepção fornece um pilar a partir do qual se extrai uma leitura moralmente adequada da agência ética responsável e sensível para os cargos institucionais vinculados à magistratura? Noutros termos: qual das duas concepções disponíveis (a concepção autônoma e a concepção integrada) permite o melhor desenvolvimento de uma ética judicial?

2.2 ÉTICA JUDICIAL INTEGRADA

Parte da hipótese do trabalho em curso é que a concepção integrada é uma concepção normativamente superior à concepção autônoma quando se trata de ética judicial. A consequência filosófica imediata de optar-se pela concepção integrada é a impossibilidade de conceber-se a agente judicial (no caso, a magistrada) de modo isolado na ética profissional e alienada das considerações de moralidade pessoal-privada. Na direção do debate apresentado até então, a concepção integrada busca (1) preencher a lacuna do distanciamento moral – sem adotar um redutivismo em direção a ética profissional ou à ética "comum" – e (2) demanda um engajamento internalizado do agente institucional que seja virtuoso, ou seja, que não implique o distanciamento psicológico em nenhum de seus extremos. Deste modo, o argumento central será estruturado nestes dois passos. Na medida em que a solução da concepção integrada para (1) e (2) for demonstrada, espera-se demonstrar igualmente as razões que apoiam a estrutura integrada e sua superioridade comparativamente à concepção autônoma.

Na esteira da hipótese a ser testada, um argumento auxiliar adicional é de que a concepção integrada melhor realiza a virtude da agência institucional responsável, e é esta mesma virtude que deve

59 O presente trabalho busca discutir o escopo mais amplo da ética judicial, i.e., para além da atuação no exercício da função, como indicado pela própria reflexão entre a moralidade do cargo e a moralidade ordinária extrajudicial.

figurar no horizonte do processo de internalização pelos agentes institucionais, mais especificamente por juízes. Nesse sentido, o que significa, para um profissional ético (mais especificamente, para um magistrado), ser responsável, a partir da concepção integrada?

Em primeiro lugar, reconhece-se que a responsabilidade ética profissional deriva da responsabilidade pessoal, o que implica dizer que a responsabilidade ética e moral de juízes *qua* juízes é um caso especial da responsabilidade ética de viver bem (Dworkin, 2011, p. 196-197). Ao adotar-se a ideia de que há uma responsabilidade ética fundamental em "fazer algo valoroso com as nossas vidas" (Dworkin, 2011, p. 13), torna-se necessário delinear a diferença entre vida boa e viver bem:

> Nós devemos distinguir viver bem e ter uma vida boa. Essas duas conquistas diferentes são conectadas e diferenciadas do seguinte modo: viver bem significa esforçar-se para criar uma vida boa sujeita apenas a algumas restrições essenciais à dignidade humana. [...] Cada um desses ideais éticos fundamentais precisa do outro. Nós não podemos explicar a importância de uma vida boa, exceto ao notar como criar uma vida boa contribui para viver bem. Nós somos animais autoconscientes que possuem vontades, instintos, gostos e preferências. Não há mistério sobre por que devemos satisfazer essas vontades e servir a esses gostos. Mas pode parecer misterioso por que nós devemos querer uma vida que é boa em um sentido mais crítico: uma vida da qual nós podemos nos orgulhar em ter vivido quando as vontades são saciadas ou até mesmo quando não são. Nós podemos explicar essa ambição apenas quando reconhecemos que temos responsabilidade em viver bem e acreditamos que viver bem significa criar uma vida que não é apenas prazerosa mas boa em sentido crítico (Dworkin, 2011, p. 195-196).

A ênfase na responsabilidade em viver bem ressalta o caráter prático e atitude-dependente da vida ética valorosa. A responsabilidade ética emerge como uma espécie de dever moral de realizar performances que reforcem a vida prazerosa em sentido crítico, enfatizando-se o chamamento que se impõe ao agente comprometido com ideais valorosos e o fato de que "O valor final das nossas vidas é adverbial, não adjetival", ou seja, a determinação dos valores reside no "valor da performance" e não no que "sobra quando a performance é subtraída" (Dworkin, 2011, p. 197).

Uma vez estabelecida a importância de viver bem, a questão que se coloca é quais são as balizas ou standards de avaliação da responsabilidade ética demandada pela dimensão adverbial ora em comento. O requerimento de viver bem está fundamentado no valor da dignidade humana (Dworkin, 2011, p. 204), aqui compreendida como sendo constituída (e interpretada) por dois princípios: (1) autorrespeito e (2) autenticidade. Por autorrespeito, entende-se o requerimento de que cada agente reconheça "a importância objetiva" de viver bem, ou seja, o engajamento em viver bem é objetivamente melhor do que uma vida desengajada ou indiferente porque a vida do agente importa (Dworkin, 2011, p. 205). Por autenticidade, entende-se a demanda de que, uma vez reconhecida a importância de viver-se bem, o agente possui uma "responsabilidade pessoal" indelegável e intransferível de "identificar o padrão de sucesso de sua própria vida", determinando o conteúdo de uma vida bem vivida de acordo com os valores que sustentam e expressam sua identidade (Dworkin, 2011, p. 204).

Para ser capaz de identificar e expressar seus valores com autenticidade – e de agir em conformidade com eles – o agente responsável deve adotar o ideal da integridade para interpretar suas convicções e deveres de forma mútua e solidariamente fortificadora mirando uma "rede de valor que adotamos autenticamente" (Dworkin, 2011, p. 101). Desta maneira, a demanda da autenticidade, princípio estruturante da dignidade humana, vem acompanhada de uma responsabilidade personalíssima de fidelidade consigo mesmo. No

entanto, tal fidelidade deve dar-se criticamente (conforme os preceitos do que significa viver bem) e orientada pelo ideal da integridade. Isso se dá em virtude do fato de que nem todas as convicções de um agente são genuínas, i.e., nem todas as crenças acerca do que é correto e bom são justificadas por princípios legítimos (Dworkin, 2011, p. 107).

Assim, juízos autênticos não são apenas juízos responsáveis, mas também juízos íntegros. A partir dessa formulação (que é parte constituinte do que tem-se chamado "concepção integrada" da ética profissional até aqui), torna-se possível vislumbrar um horizonte crítico a partir do qual pode-se construir categorias de avaliação de juízos e condutas, permitindo-se diferenciar aquelas que são íntegras, autênticas e responsáveis das que não o são, criando-se uma espécie de filtro para as crenças e convicções morais:

> A responsabilidade moral demanda que essas outras influências passem pelo filtro das convicções efetivas, sendo suprimidas e moldadas por aquelas convicções, tal como a luz que passa por um filtro é suprimida e moldada. [...] Nossa responsabilidade moral exige que tentemos tornar nossas convicções reflexivas os filtros mais densos e efetivos possíveis [...] Isso requer que busquemos uma minuciosa coerência de valor entre nossas convicções. Também requer que busquemos autenticidade nas convicções coerentes [...] Nossas convicções são inicialmente desarticuladas, compartimentalizadas, abstratas e, portanto, porosas. A responsabilidade demanda que interpretemos criticamente essas convicções que num primeiro momento parecem mais atraentes ou naturais – que busquemos o entendimento e as especificações dessas convicções inicialmente atrativas através dos dois objetivos da integridade e da autenticidade (Dworkin, 2011, p. 108-109).

Nesse cenário, a responsabilidade pessoal de viver bem é igualmente uma responsabilidade interpretativa, tendo em vista

que os agentes morais devem testar suas crenças de modo crítico e reflexivo. Portanto, os deveres éticos também incluem uma tarefa interpretativa a qual deve ser levada à cabo com autenticidade pelos agentes, de modo a respeitar o princípio da dignidade humana. Tal caráter interpretativo da ética profissional evidencia uma *concepção dinâmica*[60] dos papéis sociais relevantes.

Ao contrário da noção estática dos papéis sociais e profissionais – caracterizada pela ideia de que o escopo de obrigações éticas de um determinado papel, i.e., "suas regras, deveres e responsabilidades básicas", é "inteiramente predeterminado" (Postema, 1980, p. 82) – a noção dinâmica não concebe as obrigações decorrentes de certas funções como um conjunto fixo de regras éticas, mas sim como variáveis de acordo com "os objetivos institucionais designados ao papel" (Postema, 1980, p. 83). Assim, a noção estática não vislumbra grandes impactos éticos no desempenho dos deveres funcionais, sendo frequentemente empregada para funções como as de um "bancário", que "deve seguir uma rotina" na qual "demanda-se pouco julgamento, e ele não possui autoridade para afastar as regras que regulam sua atuação ou alterá-las para adequá-las a novas situações" (Postema, 1980, p. 83).

No entanto, é razoável supor que essa mesma noção estática de papéis sociais dificilmente transpõe-se para as profissões jurídicas, muito menos à magistratura. Isso porque juízes não se dirigem aos destinatários de suas decisões (ou aos demais membros da comunidade jurídico-política) como bancários ou como gerentes empresariais cumprindo um protocolo de *compliance*. Pelo contrário, oficiais jurídicos precisam levar o direito a sério porque suas decisões afetam diretamente a vida dos sujeitos normativos e, nesse sentido, tais decisões (e as condutas judiciais, de forma mais ampla) devem refletir os valores que sustentam a própria existência de papéis específicos

60 A expressão original na língua inglesa utilizada por Postema (1980, p. 82) é "*recourse role*". Optou-se por traduzir-se como "dinâmico" tanto pela ideia que "*recourse role*" descreve quanto pela sua oposição à concepção "*fixed role*", que por sua vez traduziu-se como "papel estático".

para a ética judicial. Assim, pela concepção dinâmica desses papéis, exige-se a virtude da responsabilidade de modo que:

> O papel dinâmico demanda não apenas que o agente aja de acordo com o que ele considera os deveres explícitos do papel em um escopo limitado, mas também que concretize esses deveres mantendo-se os objetivos funcionais do papel. O agente só satisfaz essas demandas se possuir um conceito compreensivo e integrado de suas atividades tanto dentro como fora do escopo do papel. Portanto, na concepção dinâmica, a moralidade de papel não é bem servida pela identificação subjetiva máxima. Tampouco o agente pode identificar-se minimamente com sua função a ponto de abandonar sua moralidade pessoal ou senso básico de responsabilidade (Postema, 1980, p. 83).

A concepção dinâmica dos papéis sociais (e suas respectivas obrigações especiais) fornece a última peça do quebra-cabeça da moralidade profissional judicial. Argumentou-se, a título provisório, que a concepção integrada da ética profissional (judicial) é superior porque é reflexiva com a própria dimensão da ética pessoal e porque é capaz de fornecer uma melhor justificação para a existência das mesmas obrigações de papel. Além disso, a concepção integrada mostra-se mais apta a evitar os fenômenos do distanciamento moral e do distanciamento psicológico, reforçando um comprometimento com o sistema jurídico e, em sentido mais amplo, com a moralidade política.

2.3 ERRO VS. DESPREZO

A proposta da ética judicial integrada com a moralidade pessoal argumenta que essa visão fundamenta-se no valor da dignidade

humana, com um sentido específico, tal como apresentado na seção anterior. Agora, passa-se a esboçar dois critérios – amplos e abertos, propositadamente – que podem especificar em um grau maior uma atitude moralmente responsável com o direito, na visão integradora ora favorecida. Trata-se da diferença entre uma interpretação equivocada (*mistake*) e uma interpretação desprezível (*contempt*).[61]

A relevância dessa distinção está no fato de que ela ajuda a determinar a natureza das ações das autoridades judiciais e o impacto delas no sistema jurídico – bem como em que medida tais ações integram-se à moralidade pessoal –, sendo um critério operativo importante para evitar erros judiciais eticamente graves e entender exigências concretas da responsabilidade de autoridades em espaços de poder. De acordo com Dworkin (2011, p. 335-338), interpretações desprezíveis não exibem um padrão de boa-fé direcionado à dignidade humana, ou seja, são indiferentes ao igual respeito pela vida alheia ou não permitem que as pessoas sejam inteiramente responsáveis por buscarem seus ideais éticos e morais (i.e., obstam o viver bem, em sentido adverbial). Já uma interpretação equivocada demonstra um padrão de respeito e boa-fé (em termos de atitude) mas resulta em um equívoco em que há uma tentativa legítima de interpretação.

Assim, embora possam ser prejudiciais e devam ser corrigidos, equívocos interpretativos ainda refletem um compromisso com a ideia de direito (e de estado de direito), pois reconhecem a autoridade da lei e buscam sua aplicação correta. Desse modo, é evidente que condutas realizadas por um erro interpretativo, ainda que problemáticas, ainda assim são legítimas, ao contrário de quando há uma atitude-interpretação desprezível. A última questão que fica é: como a diferença entre erro e desprezo pode auxiliar na construção de critérios eticamente integrados para a conduta judicial brasileira?

61 Embora o vocabulário utilizado seja de "interpretações" sobre o direito vigente, pretende-se testar como tais balizas podem servir para atos de fala de um modo geral.

3 PODER DISCIPLINAR BRASILEIRO EM PERSPECTIVA – ANÁLISE DE CASO

Um caso particular o qual esse critério pode ser utilizado está num fato ocorrido em Minas Gerais, em 2023, em que uma juíza, Ludmila Grilo, ex-titular da Vara Criminal e da Infância e Juventude de Unaí, em Minas Gerais, detentora de obrigações especiais devido à sua profissão, foi aposentada compulsoriamente como resultado de um processo administrativo disciplinar. A magistrada expressava uma atitude questionável em suas redes sociais, como o Twitter, o qual à época da ação possuía cerca de 300 mil seguidores, não apenas realizando críticas à AMB e ao STF, como também, durante o período da pandemia, promovia comportamentos que iam contra as diretrizes de saúde pública e incentivavam a violação das medidas de prevenção ao coronavírus como, por exemplo, seu vídeo que viralizou em janeiro de 2021, com mais de 600 mil visualizações, período que até então era o de maior número de mortes em Minas Gerais, no qual a magistrada "ensinava" as pessoas a andar sem máscara em shoppings, ou em outros comentários ironizando a doença como *"Pizzaria tá cheia, mas não se preocupem: Como eu já estou sentada, o vírus passa por cima"* ou ainda em uma outra publicação, em que usou a hashtag "Aglomera Brasil".

Nesse sentido, ao observar as normas e diretrizes que regem as profissões judiciais no país, é possível perceber que o sistema brasileiro adota a tese da integração entre a ética pessoal e a ética profissional para estabelecer os parâmetros de conduta das magistradas, como é notório ao observar na LOMAN e no Código de Ética da Magistratura Nacional[62]. Essas normas enfatizam a importância de comportamentos

62 A título de exemplo, destaca-se os seguintes dispositivos: **(1) LOMAN**: "Art. 35 - São deveres do magistrado: [...] VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular"; (**2) Código de Ética da Magistratura Nacional:** "Art. 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura. Art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cônscio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas

éticos tanto no exercício da função, quanto na vida privada dos magistrados, reforçando a ideia de que a integridade entre a ética pessoal e profissional é uma parte essencial do exercício da função jurisdicional. Além disso, essas normas buscam garantir não apenas o cumprimento da lei, mas comportamentos que preservem a confiança nas instituições, o que demonstra um encontro à discussão relativa à diferença entre *mistake* e *contempt*.

Dessa forma, em fevereiro de 2023, o CNJ abriu dois processos administrativos disciplinares contra a juíza, sendo a primeira uma investigação interna apurando violação de deveres funcionais como faltas sistemáticas ao trabalho presencial, baixa produtividade e exercício paralelo de atividade empresarial e o segundo relativo a manifestações político-partidárias em entrevistas, eventos e nas redes sociais. O CNJ apurou se a investigada havia violado o dever de imparcialidade, já que a LOMAN impede manifestações político-partidárias, opiniões sobre processos em curso ou "juízo depreciativo" a respeito de decisões. A decisão proferida pelo relator dos processos administrativos, Luís Felipe Salomão, se baseou na violação dessa lei, tal como no Código de Ética, que proíbe o magistrado de opinar sobre processos em andamento e de fazer análise depreciativas sobre decisões judiciais, com exceção de críticas nos autos, em obras técnicas ou no exercício da profissão.

A eventualidade desse caso está no fato de que, quando da decisão do mérito das condutas, as razões utilizadas pelo TJMG deixam de fora atitudes que podem ser consideradas como ilegítimas e passíveis de punição, focando-se majoritariamente nas críticas ao Supremo Tribunal Federal feitas pela então magistradas. A título de exemplo, suas condutas em meio a pandemia do COVID-19 não pesaram de

---

das acometidas aos cidadãos em geral."; (**3) Resolução 305/2019, CNJ**: "Art. 3º. A atuação dos magistrados nas redes sociais deve observar as seguintes recomendações: [...] II - Relativas ao teor das manifestações, independentemente da utilização de nome real ou de pseudônimo: (a) evitar expressar opiniões ou compartilhar informações que possam prejudicar o conceito da sociedade em relação à independência, à imparcialidade, à integridade e à idoneidade do magistrado ou que possam afetar a confiança do público no Poder Judiciário;".

modo decisivo para a punição, e, mesmo que o comportamento tenha chamado atenção e sido alvo de uma reclamação disciplinar enviada ao CNJ, a ministra Maria Thereza Assis Moura entendeu que impedir que a magistrada use as redes sociais para divulgar atos e comportamentos contrários às medidas de prevenção à pandemia, representaria censura.

É importante ressaltar que, segundo a concepção de legitimidade de Dworkin, *não perdemos a legitimidade apenas porque nossas decisões são erradas, mas apenas quando deixamos de satisfazer as obrigações que emanam de nossa responsabilidade política*. Assim, a responsabilidade implica que os magistrados sejam responsabilizados não só por suas decisões, mas também por suas ações que possam comprometer a integridade do sistema judiciário. No caso mencionado, a atitude da juíza em meio a pandemia pode ser concebida como ilegítima, pois demonstra um contemp *(desprezo)* pelo direito, já que agiu não sendo moralmente responsável - agir de acordo com os princípios e valores que dão coerência e integridade ao sistema jurídico como um todo – e manifestando um consciente desrespeito pelos princípios e normas do Estado de Direito, sendo essa ação, uma *razão válida* para que possa ser punida, promovendo comportamentos que vão contra as diretrizes de saúde pública e incentivam a violação das medidas de prevenção ao coronavírus.

4 CONCLUSÃO

Ao analisar o caso mencionado, considerando as normas que regem as condutas dos magistrados no Brasil, assim como os critérios trazidos por Dworkin para perceber a natureza das condutas podendo ser legítimas *(mistake)* ou ilegítimas *(contempt),* os argumentos para sua aposentadoria compulsória falham em não considerar suas ações em meio a pandemia, que não só demonstram um desrespeito deliberado pela falta de responsabilidade em suas redes sociais, com a violação de normas que impactam negativamente a saúde pública e a confiança

no Judiciário, como também a atividade de comportamentos que comprometem a integridade e a dignidade de seu papel institucional.

Desse modo, suas ações durante o período pandêmico possuem natureza ilegítima, demonstrando um desprezo pelo direito, já que agiu não sendo moralmente responsável - agir de acordo com os princípios e valores que dão coerência e integridade ao sistema jurídico como um todo - e manifestando um consciente desrespeito pela vida e dignidade alheias, bem como pelos princípios e normas do Estado de Direito, sendo essa conduta, uma *razão válida* para que possa ser punida. O poder disciplinar, por sua vez, falhou em conceber tais ações como razões decisivas para a punição da magistrada, desintegrando a ética judicial da ética pessoal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA: Havard University Press, 2011.

GARCEZ, Wendell. **A crítica da moralidade de Bernard Williams: identidade moral, tragédia e responsabilidade ética**. 2023. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

JESKE, Diane. Special Obligations, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/special-obligations/>. Acesso em 29.07.2024.

POSTEMA, Gerald. Moral Responsibility in Professional Ethics. **New York University Law Review** 55 (1): 63–91, 1980.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSTITUTIONAL GUARANTEES IN ADMINISTRATIVE SANCTIONING LAW: THE DEBATE IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Luísa Tramarin Hoffmann[63]

Resumo: O artigo visa investigar como a jurisdição constitucional brasileira têm impactado na evolução do debate a respeito dos princípios aplicáveis ao direito administrativo sancionador (DAS), a partir do método dedutivo e de bases teóricas garantistas. Partindo dessa perspectiva, em um primeiro momento, são apresentadas as relações entre o desenvolvimento mais recente do direito administrativo sancionador no Brasil e o neoconstitucionalismo. Em seguida, por meio de pesquisa jurisprudencial utilizando a palavra-chave "direito administrativo sancionador", foram coletadas decisões do STF sobre o tema, destacando-se os casos mais paradigmáticos e suas respectivas fundamentações, de modo a identificar as tendências e ondulações nos posicionamentos do STF e sua contribuição para o aperfeiçoamento desse ramo jurídico em termos de garantias do acusado. Constatou-se que as lacunas teóricas sobre o DAS atraem um maior protagonismo do Supremo Tribunal Federal na definição de seus contornos, notadamente a partir da hermenêutica constitucional e da fundamentação calcada em valores abstratos e conceitos jurídicos indeterminados. A atuação do Supremo mostra-se por vezes volátil e incoerente, causando insegurança jurídica aos acusados em processos sancionatórios extrapenais. Em razão disso, os resultados

63 Mestranda em Direito, Estado e Sociedade junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. ORCID-ID: https://orcid.org/0000-0003-4370-1811. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1058146643617893. E-mail: luisathoffmann@gmail.com.

apontam para a necessidade de uma normatização contundente da matéria pela via legislativa ordinária ou, mesmo, por meio de sua constitucionalização.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador; Neoconstitucionalismo; Garantismo Penal; Jurisdição Constitucional; Supremo Tribunal Federal.

Abstract*:* This article aims to investigate how Brazilian constitutional jurisdiction has impacted the evolution of legal debate regarding the principles applicable to punitive administrative law. In this vein, a deductive method and garantist theoretical bases were employed. From this perspective, firstly, the connections between the recent development of punitive administrative law in Brazil and neoconstitutionalism (or normative constitutionalism) are presented. Subsequently, through jurisprudential research using the keyword "punitive administrative law," decisions of the Supreme Federal Court on the subject were collected, highlighting the most paradigmatic cases and their respective rationales, in order to identify trends and fluctuations in the Supreme Court's positions and its contribution to the improvement of this legal branch in terms of penal and procedural guarantees for the accused. In conclusion, it was found that legislative and theoretical gaps regarding punitive administrative law attract a greater prominence of the Supreme Federal Court in defining the contours of this field of law, notably through constitutional hermeneutics and reasoning based on abstract values and indeterminate legal concepts. Despite the Supreme Court's significant contribution to the improvement of the subject, its performance is sometimes volatile and inconsistent, causing legal uncertainty for defendants in extrapenal sanctioning processes. Consequently, the results point to the need for a robust standardization of the subject through ordinary legislative means or even through its constitutionalization.

Keywords: Punitive Administrative Law; Neoconstitutionalism; Penal Garantism; Constitutional Jurisdiction; Federal Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo volta-se à investigação do papel da jurisdição constitucional brasileira na evolução do debate jurídico a respeito dos princípios aplicáveis ao direito administrativo sancionador, especialmente em termos de garantias individuais do acusado.

Nesse sentido, a partir das contribuições dos estudos do garantismo penal e do constitucionalismo crítico, utilizados como base teórica da pesquisa, busca-se trazer à tona a urgente necessidade de se conferir maior segurança jurídica e proteção às garantias dos acusados, de um lado, e maior racionalidade e eficiência nos processos sancionadores, de outro.

Considerando isso, o objetivo geral da pesquisa é examinar como os julgamentos do STF têm moldado a forma como o Direito Administrativo Sancionador é entendido e aplicado no Brasil em termos de garantias constitucionais, com vistas a identificar suas contribuições na interpretação da legislação.

Sob esse prisma, o problema de pesquisa pode ser sintetizado a partir do seguinte questionamento: No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a definição e aperfeiçoamento do regime jurídico de Direito Administrativo Sancionador, de forma garantista e juridicamente segura?

Para responder à pergunta-problema, o método de abordagem elencado é o dedutivo, e a metodologia de pesquisa e seus procedimentos e técnicas envolvem a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Em um primeiro momento, são apresentadas as relações entre o desenvolvimento mais recente do direito administrativo sancionador no Brasil e o neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo normativista).

Em seguida, por meio de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal utilizando a palavra-chave "direito administrativo sancionador", foram coletadas decisões da referida corte constitucional sobre o tema, destacando-se os casos

mais paradigmáticos e suas respectivas fundamentações, de modo a identificar as tendências e ondulações nos posicionamentos do STF e sua contribuição para o aperfeiçoamento desse ramo jurídico em termos de garantias penais e processuais do acusado.

Por se tratar de um artigo científico, não se pretende esgotar as decisões sobre a matéria, mas sim selecionar aquelas mais representativas da controvérsia jurídica que se coloca frente aos poderes e instituições brasileiras no tocante às garantias de direito administrativo sancionador, a fim de ilustrar o problema abordado no presente estudo.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E GARANTISMO PENAL

O Direito Administrativo Sancionador se faz presente na medida em que, para plenitude da efetividade dos fins estatais, surge a necessidade de que o ordenamento jurídico institua e imponha sanções a condutas tanto de agentes públicos, quanto de administrados (pessoas físicas e jurídicas) capazes de gerar danos aos interesses públicos (Bach, 2021).

Esse campo do direito é altamente amplo no ordenamento jurídico brasileiro, se expressando, por exemplo, por exemplo, na tutela da probidade administrativa; no regime disciplinar dos agentes públicos; no direito regulatório; no controle externo de contas; nas áreas de licitações e contratos administrativos, meio ambiente, proteção de consumidores, defesa da concorrência, ordem financeira, ordem tributária, seguridade social, dentre outras.

Todavia, por ser um fenômeno relativamente recente, o Direito Administrativo Sancionador carece de uma elaboração teórica consistente dos princípios e garantias que devem ser observados na aplicação de sanções nessa órbita jurídica, não obstante a sua considerável abrangência no ordenamento pátrio e seu impactante potencial sancionador (Grotti, 2019).

Os preceitos constitucionais são fontes basilares para a construção teórica e prática do Direito Administrativo Sancionador, tanto em uma orientação voltada à Administração Pública (consoante o art. 37 da Constituição Federal), como no que toca às garantias individuais do particular em detrimento do poder punitivo estatal (Osório, 2022).

É essencial, portanto, compreender com maior profundidade esse ramo jurídico sob a luz da Constituição Federal e de sua interpretação, a qual é realizada, principalmente, pela jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal.

Não se olvida que, em uma tentativa de esclarecer aos aplicadores da lei que o Direito Administrativo Sancionador deve se orientar por um regime determinado de princípios constitucionais, o legislador pátrio, quando da edição da Lei 14.230/2021, que reformou a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), fez constar o seguinte dispositivo: "Art. 1º, § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador" (Brasil, 2021). No entanto, apesar da letra da lei, não é possível identificar com clareza quais seriam, afinal, esses princípios.

Sabe-se que determinados princípios e garantias processuais básicas abrangem processos de naturezas diversas, e não somente a área do Direito Penal. O devido processo legal e o direito ao contraditório e ampla defesa, por exemplo, devem ser respeitados independentemente de se estar diante de processo cível, trabalhista, administrativo ou penal, conforme previsão do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988.

No tocante à aplicabilidade de garantias tipicamente penais ao direito administrativo sancionador, contudo, há diferentes posições.

Há correntes doutrinárias que defendem que as disposições constitucionais sobre garantias penais devem ser interpretadas de maneira a serem estendidas ao Direito Administrativo Sancionador, uma vez que, embora este seja dotado de caráter repressivo (limitador de direitos fundamentais) e, portanto, imponha o estabelecimento de

garantias individuais mínimas, tal ramo jurídico ainda não era um objeto de discussão ampla no período da Constituinte, na realidade brasileira (Osório, 2022).

Por outro lado, correntes contrárias defendem que essas garantias não se aplicariam no Direito Administrativo, que deve privilegiar o interesse público e a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos (Di Pietro, 2020).

No tocante à corrente garantista, parte-se da ideia de que, embora o Direito Penal seja considerado como o direito sancionador "por excelência", no cenário brasileiro dos últimos anos, houve uma considerável proliferação de leis sancionadoras estatais no âmbito extrapenal, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.492/1992), da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), das leis administrativas sancionadoras no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei n. 12.529/2011), do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (Lei n. 13.506/2017), dentre outras.

Esses novos vieses punitivos muito se relacionam com o recrudescimento das atividades estatais e das instituições públicas, em decorrência da complexificação da própria sociedade nas últimas décadas, associada aos fenômenos de globalização e intenso desenvolvimento tecnológico que marcam o final do século XX e início do século XXI, descritos pelo sociólogo Ulrich Beck como componentes de uma "sociedade de risco" (Beck, 2001).

Diante desses aspectos, tem sido observado o movimento de aproximação recíproca entre Direito Penal e Direito Administrativo, em que um passa a adquirir funções semelhantes às tradicionalmente ocupadas pelo outro no âmbito do Estado.

Trata-se, assim, de instrumentos sancionatórios de fundamentos e naturezas diversas, mas que, muitas vezes, convergem na proteção de bens jurídicos semelhantes e/ou idênticos.

Tal panorama justificaria, portanto, a utilização da teoria garantista de Luigi Ferrajoli na interpretação do Direito Administrativo

Sancionador, conforme sustentado por correntes defendidas, por exemplo, por Fábio Medina Osório (2022).

A exigência da reserva legal, o primado da presunção de inocência do acusado, o efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório, a proporcionalidade das penalidades, são exemplos de postulados a serem observados na imposição de penas, sistematizados por Luigi Ferrajoli em sua Teoria do Garantismo Penal.

O garantismo, para Luigi Ferrajoli, consiste em um modelo jurídico que se preocupa com os aspectos formais e substanciais necessários para a validação do direito positivado. Essa reunião de aspectos formais e substanciais teria a função de resguardar a possibilidade de se garantir, efetivamente, os direitos fundamentais conferidos pelo ordenamento jurídico aos indivíduos (Ferrajoli, 2002).

Nesse sentido, os diversos princípios garantistas compõem o esquema epistemológico de identificação do ilícito, orientado a assegurar "o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo estatal e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade" (Ferrajoli, 2002, p. 30).

Dentro da discussão acerca do arsenal axiomático do Direito Penal, as garantias materiais seriam, conforme elucida o Ferrajoli (2002), aquelas relacionadas a postulados como o da proporcionalidade, taxatividade, legalidade e individualização das penas, que incidem no momento da aplicação da sanção. Já as garantias processuais seriam aquelas relacionadas aos primados da presunção da inocência, ampla defesa, contraditório e demais cláusulas que emergem do devido processo legal.

Ocorre que, como visto, em relação a esses princípios e garantias tradicionalmente atribuídas ao Direito Penal, não há consenso quanto a sua transposição automática e integral ao Direito Administrativo Sancionador. Isso porque a enorme diversidade e fragmentariedade que caracteriza o Direito Administrativo não permite, de maneira automática, a irradiação de princípios e garantias de maneira isonômica por todas as suas subáreas, sem a prévia análise cuidadosa de seus impactos.

Dessa maneira, extrai-se, nesse primeiro momento, que a falta de regulação pela via legislativa da matéria abre espaço para o Poder Judiciário exercer o protagonismo na evolução dos entendimentos sobre os princípios e garantias aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador. No entanto, surgem dúvidas a respeito do caráter positivo dessa forma de atuação jurisdicional.

Não se ignora que a identificação dos princípios do Direito Administrativo Sancionador adquire especial importância, dada a funcionalidade peculiar dessa espécie de normas, que desempenham papéis de estabilização e concedem coerência e unidade a determinado sistema normativo.

A esse respeito, é preciso considerar certas noções mais recentes sobre os princípios jurídicos, seu conceito, estatuto, e formas de interpretar e aplicar, que podem comprometer a consideração de determinados comandos normativos, a exemplo da legalidade e taxatividade, como garantias inarredáveis no direito sancionador de forma geral.

Isto porque, concepções como aquelas apresentadas por Robert Alexy, que se tornaram muito difundidas nos últimos anos, partem de uma ideia heterárquica e maleável de princípios, que não se coaduna com uma posição arraigada da extensão de garantias e princípios constitucionais às diversas formas de punição estatal. Em função disto, será efetuada uma análise resumida da posição de Alexy a respeito, para, ao fim, contrastá-la com uma visão de princípios hierarquicamente vinculantes a orientar todas as demais normas.

No conceito formulado por Robert Alexy (2015), os princípios, de modo geral, constituem "mandamentos de otimização", podendo ser satisfeitos em graus variados a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, e operam com força deontológica.

Em síntese, os princípios orientam o intérprete da lei a buscar a sua melhor aplicação possível conforme o caso concreto – daí o termo "otimização" utilizado por Alexy – considerando, realisticamente, que toda e qualquer lei irá possuir lacunas normativas a serem sanadas caso a caso.

Em sentido semelhante, Ronald Dworkin leciona que o princípio é nada mais nada menos que "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade" (2002, p. 36).

Entretanto, a despeito das teorias acima aludidas, pode ser preferível uma visão clássica do papel dos princípios, tais como aqueles elencados no art. 37 da CF/88, que, em vez de serem concebidos como normas maleáveis e passíveis de ceder a outras, dependendo do contexto, passam a ser encarados como balizas estáveis ao propiciar sua observância em bloco.

Ou seja, os ditames da legalidade, moralidade e demais princípios constitucionais devem assegurar, de maneira rígida, o devido processo de observância de garantias, classicamente asseguradas no direito punitivo de base iluminista que inspira os atuais ordenamentos jurídicos ocidentais.

Pode-se dizer, portanto, que os princípios tomados em seu sentido clássico contemplam da melhor maneira a segurança das relações jurídicas, na medida em que, sob um no modelo tradicional que os considere como diretrizes heurísticas, orientam todo o sistema normativo a eles vinculados. Isto significa que o princípio da taxatividade penal, por exemplo, não se relativiza, mas ao contrário, vincula de forma inequívoca todas as sanções punitivas, sejam elas penais ou não.

Sob esse prisma, os princípios diferenciam-se das regras, dentre outros motivos, em razão de critérios objetivos. Os princípios são normas finalísticas, que preveem um estado ideal a ser atingido, possuindo um caráter prospectivo, enquanto as regras são descritivas e retrospectivas (ontológicas), já que visam a correspondência entre a norma e seu suporte fático (Osório, 2022).

Os princípios podem aparecer de maneira explícita ou implícita nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam do direito administrativo sancionador, devendo haver um esforço interpretativo para identificá-los. A identificação dos princípios do

direito administrativo sancionador não é tarefa fácil, mediante o apelo a uma genérica referência ao "unitário poder punitivo estatal", em que o direito penal e o direito administrativo sancionador seriam oriundos desse mesmo *jus puniendi* e, portanto, sujeitos aos mesmos axiomas.

O problema que se coloca é que, sendo atribuída força normativa a princípios facilmente maleáveis, os juízes recebem uma liberdade maior na forma de julgar, se tornando possível adotar uma ou outra posição a respeito de um mesmo texto normativo. Esse fenômeno gera o enfraquecimento da vinculação do juiz à norma, confere ao julgador o poder de manejar o direito como bem entender (Brandão, 2017).

Nesse contexto, as lacunas teóricas do Direito Administrativo Sancionador enfraquecem a dogmática jurídica e as ferramentas de controle do Estado, abrindo campo fértil ao arbítrio, à ineficiência e a má-fé administrativa, o que acaba por ocasionar crises interinstitucionais e conflitos entre poderes.

Isto é, o desconhecimento do regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador conduz, "de um lado, ao seu esquecimento nos casos concretos, gerando precedentes jurisprudenciais perigosos, e, de outro, projeta o enfraquecimento do próprio Estado, através do descrédito de seus institutos" (Osório, 2022, p. 55).

Tal panorama tem ocasionado dissonâncias nas atuações de diferentes instituições estatais detentoras do poder de punir (órgãos administrativos, judiciários e instituições de controle externo, por exemplo), além de embates entre Legislativo e Judiciário, que muitas vezes apresentam entendimentos diversos sobre o tema.

Nesse ponto, sabe-se que, no atual contexto constitucional, tem-se a omissão e a insuficiência da legislação quanto a determinadas matérias, bem como, na mesma medida, a intensa intervenção da jurisdição constitucional na moldagem normativa e principiológica de um ordenamento jurídico.

O problema da morosidade do Poder Legislativo se agrava em matéria de Direito Administrativo, notadamente em razão de demandas cada vez maiores e urgentes de regulação estatal de novas

atividades públicas e econômicas que surgem com o desenvolvimento tecnológico e social.

Sob esse prisma, anota-se que a judicialização, no contexto de omissões normativas, é utilizada como instrumento para obter mais celeridade no preenchimento dessas lacunas, e como alternativa para a manifestação de insatisfação com a lei, de modo a transformar o Poder Judiciário, cada vez mais, em um ator político, e não meramente técnico-jurídico.

Diante dos aspectos acima considerados, passa-se a analisar algumas decisões paradigmáticas proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito do regime jurídico do direito administrativo sancionador e suas garantias, a fim de perquirir como a jurisdição impactou e ainda impacta a evolução da matéria.

3 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EM DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DECISÕES DESTACADAS

Ao realizar a pesquisa de jurisprudência no sítio do Supremo Tribunal Federal utilizando a palavra-chave "direito administrativo sancionador", entre aspas, a fim de limitar os resultados àqueles que mencionam a expressão por completo, obtém-se vinte e sete acórdãos, dentre os quais serão mencionados aqueles com maior pertinência temática no que tange às garantias desse ramo jurídico.

A primeira citação da expressão "direito administrativo sancionador" em decisão colegiada ocorreu no ano de 2017, no julgamento de *Mandado de Segurança n. 33201/DF*, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Na referida decisão, a corte constitucional entendeu, em síntese, que a prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, uma vez que os processos punitivos no âmbito dos tribunais de contas se inserem no regime jurídico do direito administrativo sancionador (Brasil, 2017a).

O caso chegou ao STF uma vez que a Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) foi omissa quanto aos prazos prescricionais dos processos punitivos do Tribunal de Contas da União.

Apesar de, ao tempo do julgamento, já haver entendimentos doutrinários e jurisprudenciais firmes no sentido de que o exercício da competência sancionadora do TCU é temporalmente limitado, tal discussão ainda não havia chegado à Corte Suprema.

Havia, à época, duas correntes interpretativas quanto à questão: a primeira entendia que deveria ser aplicado o prazo genérico de 10 (dez) anos estabelecido no Código Civil, enquanto a segunda corrente defendia a aplicação das normas de direito público, notadamente o prazo prescricional quinquenal estabelecido para os processos administrativos em geral, regulados pela Lei n. 9.873/1999.

A partir disso, o STF entendeu ser necessário esclarecer a questão de maneira contundente e definitiva, haja vista que a prescrição é instituto diretamente ligado à segurança jurídica e ao direito fundamental à razoável duração do processo.

Nesse sentido, a Corte Constitucional estabeleceu que a Lei n. 9.783/1999 é diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, diante do caráter geral da referida lei em matéria de direito administrativo sancionador, aferido a partir de uma interpretação sistemática e atualizada da normativa. O STF pronunciou-se, então, no sentido de que, em que pese a redação do art. 1º da referida lei (que menciona somente o poder de polícia), esta não deve regular somente os procedimentos sancionatórios atinentes ao exercício de poder de polícia, mas sim toda a competência sancionadora da Administração Pública (à exceção das esferas regulamentadas em marcos normativos próprios, a exemplo das sanções disciplinares na Lei 8.112/90 e das sanções tributárias) (Brasil, 2017a).

Na fundamentação do voto do relator, a discussão sobre a aplicação de garantias fundamentais tipicamente atribuídas ao direito penal na esfera do direito administrativo sancionador foi abordada, ao que parece ter sido pela primeira vez, no âmbito do Supremo Tribunal

Federal, que até então não havia enfrentado tão diretamente a questão. Extrai-se do inteiro teor do acórdão:

> 13. Não obstante, já há algum tempo a doutrina tem conferido tratamento específico ao poder sancionador das entidades públicas, diferenciando-o do poder de polícia. Distinguem-se, assim, as limitações impostas com base no poder administrativo de polícia – o qual possui caráter de proteção preventiva de interesses públicos – das punições decorrentes do exercício de um autêntico poder administrativo sancionador, este sim de caráter repressivo. É dizer que o poder de polícia, nesse sentido estrito, não inclui a aplicação de sanções, atividade submetida, consoante compreensão mais recente, ao regramento jurídico próprio e específico do chamado direito administrativo sancionador.
> 14. Essa linha de pensamento se mostra apropriada na medida em que as sanções administrativas estão sujeitas, em suas linhas gerais, a um regime jurídico único, um verdadeiro estatuto constitucional do poder punitivo estatal, informado por princípios como os da legalidade (CF, art. 5º, II, e 37, caput); do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV); da segurança jurídica e da irretroatividade (CF, art. 5º, caput, XXXIX e XL); da culpabilidade e da pessoalidade da pena (CF, art. 5º, XLV); da individualização da sanção (CF, art. 5º, XLVI); da razoabilidade e da proporcionalidade (CF, arts. 1º e 5º, LIV) (Brasil, 2017a, p. 7)

Assim, a relevância do julgado em análise se dá não tanto pelo seu resultado em si (uma vez que, no caso concreto, o mandado de segurança foi denegado e a prescrição não foi reconhecida), mas sim pela inovadora abordagem de um debate que, nos anos seguintes, se tornaria cada vez mais valorizado nos estudos do direito público

punitivo: as particularidades do direito administrativo sancionador e seus princípios-garantias.

O reconhecimento da aplicabilidade de princípios como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica não é novidade, pois irradiam em quaisquer processos, administrativos ou judiciais, cíveis ou penais. Contudo, na decisão, chama a atenção que, já àquela época, foram reconhecidos como princípios aplicáveis ao direito administrativo sancionador a irretroatividade, a culpabilidade, a pessoalidade da pena e a individualização da sanção — garantias tipicamente atribuídas ao direito penal.

O acórdão proferido no julgamento do MS n. 32201/DF constituiu, portanto, um importante pontapé inicial para o desenvolvimento da temática nos anos que se seguiram.

Julgado no mesmo ano de 2017, vale destacar brevemente o acórdão proferido na *ACO 2829 AgR/SC*, de relatoria do Ministro Luiz Fux, assim ementado:

> AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. INSCRIÇÃO DE ESTADO MEMBRO EM CADASTRO DE INADIMPLÊNCIA. NEGATIVA DE EXPEDIÇÃO DO CERTIFICADO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA – CRP. ALEGADA A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 9.717/1998. LEI QUE EXTRAVASA A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO RELATIVA ÀS NORMAS GERAIS SOBRE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA FEDERATIVA DO ENTE ESTATAL. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade é valor de destaque do regime jurídico administrativo, especialmente no âmbito do direito administrativo sancionador. 2. A forma federalista de Estado impõe sejam respeitadas as competências atribuídas aos Estados-membros, que serão exercidas, nos limites

> constitucionais, conforme suas prerrogativas de autonomia, auto-organização e autoadministração, sem interferências ou ingerências de outros entes 3. In casu, revela-se irrazoável a imposição de sanção ao Estado-autor pelo não cumprimento de obrigação prevista em Portaria sem previsão legal correspondente ou fundamentada em ato normativo editado pela União em extrapolação dos limites de sua competência para fixação de normas gerais. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (Brasil, 2017b, p. 1)

No caso mencionado, o STF entendeu não ser possível a aplicação de sanção ao Estado de Santa Catarina pelo descumprimento de obrigação prevista somente em Portaria do Ministério da Previdência, e não em leis gerais editadas no desempenho da competência legislativa. Isso porque, no exercício do *ius puniendi*, notadamente no âmbito do direito público, uma conduta só é punível quando expressamente proibida em lei. Ressaltou-se, nesse sentido, a incidência do princípio da reserva legal relativa ao direito administrativo sancionador (Brasil, 2017b).

Vale mencionar que o mesmo entendimento foi reiterado no julgamento da *ACO 3191 AgR/PB*, em 2020, em acórdão de mesmo relator. E, também sobre a necessidade de observância da reserva legal para a imposição de sanções administrativas, destacam-se a *ADI 5852/MS*, julgada em 24/08/2020 e a *ADI 6032/DF*, julgada em 05/12/2019.

Em contrapartida, em 2018, o STF atuou de maneira menos garantista. No julgamento do *Agravo Regimental em Petição n. 3240/DF*, o Supremo, por maioria dos votos, vencido o ministro relator Teori Zavascki, entendeu não ser possível a extensão do foro por prerrogativa de função à ação de improbidade administrativa, pois essa ostentaria natureza civil (Brasil, 2018).

O voto vencido, proferido pelo Ministro Teori Zavascki (relator do caso), reconhecia que as prerrogativas de foro no âmbito penal preservam-se na ação de improbidade administrativa, diante do

caráter punitivo de suas sanções, havendo identidade substancial em relação às sanções de direito penal. O magistrado argumenta que

> Se há, por vontade expressa do Constituinte, prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido negar tal garantia em relação às ações de improbidade, que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos. (Brasil, 2018, p. 21)

Dessa forma, o ministro relator, embora vencido, fomentou o incipiente debate sobre as semelhanças entre direito penal e direito administrativo sancionador, e uma possível unidade do poder punitivo estatal. Todavia, o STF optou por manter um posicionamento mais "tradicional".

Em 2020, foi de grande destaque e relevância no meio jurídico o julgamento da *Reclamação Constitucional n. 41557/SP*, de relatoria de Ministro Gilmar Mendes. O acórdão demonstra que a doutrina garantista que defende a mitigação da independência entre instâncias penal e de direito administrativo sancionador, à luz da proporcionalidade, razoabillidade e segurança jurídica, tem ganhado vulto no direito brasileiro. Neste sentido, a ementa do julgamento:

> Reclamação constitucional. 2. Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão precedente. 4. Identidade entre os acervos fático-probatórios da ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP. 5. Negativa de autoria como

> razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao bis in idem. 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens (Brasil, 2020, p. 1).

O referido *decisum* confirmou a medida cautelar concedida pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, em que foi determinado o trancamento da ação de improbidade administrativa, porquanto já havia sido arquivada ação penal que discute os mesmos fatos, com o mesmo substrato probatório, em razão do entendimento do juízo penal no sentido de que inexistir justa causa para a persecução penal. Assim, segundo o voto do ministro relator, por tratar dos mesmos fatos imputados na esfera criminal, o ajuizamento da ação de improbidade administrativa desrespeitou decisão anteriormente proferida (Habeas Corpus 158.319/SP), bem como violou a garantia do *ne bis in idem,* consagrada no art. 8.4 do Pacto São José da Costa Rica (Brasil, 1992) e em diversas normativas de direitos humanos.

Extrai-se do inteiro teor do Acórdão proferido pela 2ª Turma da Suprema Corte na referida reclamação que, diante dos princípios constitucionais que regem o sistema penal, principalmente proporcionalidade, subsidiariedade e necessidade, deve-se ter o entendimento de que "círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, consequentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito à persecução penal e ao Direito Administrativo Sancionador" pela mesma narrativa fático-probatória (Brasil, 2020, p. 21).

Nesse sentido, por ocasião do julgamento da referida reclamação, o ministro relator Gilmar Mendes consignou em seu voto que o Direito Administrativo Sancionador "se aproxima muito do Direito Penal e

deve ser compreendido como uma extensão do *jus puniendi* estatal e do sistema criminal" (Brasil, 2020, p. 8).

O ministro entendeu que é preciso adotar um enfoque integrado no campo da política sancionadora e que o Direito Administrativo Sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema de ordem jurídico-penal, nos termos utilizados por Ana Carolina Carlos Oliveira (2012, p. 128).

Aliás, em trecho citado pelo próprio Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgado em comento, Oliveira (2012, p. 241) defende que "a unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador". Dentre essas garantias estão a legalidade, a proporcionalidade, a presunção de inocência e o *ne bis in idem*, objeto do presente estudo.

Nesse sentido, o ministro relator consigna que essa aplicação dos princípios, não somente dentro dos dois subsistemas sancionadores, mas principalmente na relação que se coloca entre ambos, constitui uma "baliza hermenêutica para a qualidade da relação" (Brasil, 2020, p. 13).

Extrai-se do voto do ministro Gilmar Mendes que, no regime jurídico punitivo brasileiro, seria imperiosa a transposição de garantias constitucionais e penais para o Direito Administrativo Sancionador (Brasil, 2020). Assim, o STF havia adotado, até então, posição clara no viés garantista da discussão, ao assumir que as garantias penais se aplicam nos processos sancionadores extrapenais no âmbito do Direito Administrativo

No ano seguinte, com o advento da Lei n. 14.230/2021, que alterou substancialmente os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), o legislador pátrio buscou positivar entendimentos garantistas já consolidados no STF, como a impossibilidade de responsabilização de agente público por mera culpa, ou mesmo a impossibilidade de condenação à reparação de dano *in re ipsa*, sem a efetiva comprovação do prejuízo ao erário.

Ademais, conforme mencionado brevemente no início desse artigo, a referida lei estabeleceu que "Aplicam-se ao sistema da

improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador" (Brasil, 2021), em uma primeira menção expressa ao termo "direito administrativo sancionador". na legislação.

As disposições garantistas introduzidas pela Lei n. 14.230/21 ensejaram diversos novos debates no mundo jurídico, uma vez que reduziram significativamente a margem de atuação do Ministério Público na persecução de atos de improbidade administrativa. Nos meses seguintes à promulgação da lei, irradiaram, nos Tribunais Superiores, recursos repetitivos acerca dos mesmos temas envolvendo a lei. Algumas discussões foram afetadas ao regime de repercussão geral no STF, a exemplo daquelas versadas no Tema 1.199, que tem como *leading case* o *ARE 843989/PR*, em que foi fixada a seguinte tese:

> 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei. (Brasil, 2022, p. 5-6)

De maneira talvez contraditória aos posicionamentos antecedentes da Suprema Corte, no julgamento do Tema 1.199 o STF entendeu que a garantia fundamental de retroatividade da lei penal mais benéfica não é aplicável quanto às novas disposições da Lei de Improbidade Administrativa (embora inegavelmente de caráter sancionatório e predominantemente benéfica ao acusado). A retroatividade incide, tão somente, para extinguir as ações em curso que pretendam o sancionamento de conduta culposa, mas sem atingir a coisa julgada e os processos de execução das penas.

Conforme se extrai do inteiro teor da decisão, o argumento utilizado pelo STF para afastar a retroatividade dos novos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa se deu no sentido de que

> A norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas desse ramo do direito, o qual está vinculado à liberdade do criminoso (princípio do favor libertatis), fundamento inexistente no Direito administrativo sancionador; sendo, portanto, regra de exceção, que deve ser interpretada restritivamente, prestigiando-se a regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos; principalmente porque no âmbito da jurisdição civil, impera o princípio tempus regit actum. (Brasil, 2022, p. 33)

Na verdade, na contramão dos avanços normativos no tema, a recepção das alterações à Lei de Improbidade Administrativa no STF parece não ter sido tão positiva do ponto de vista do garantismo jurídico-penal.

Em medida cautelar deferida na *Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.236/DF*, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão da eficácia dos arts. 1º, § 8º; 12, § 1º e § 10; 17-B § 3º e 21, § 4º da Nova Lei de Improbidade Administrativa (Brasil, 2023).

No tocante ao art. 1º, § 8º, que afasta a possibilidade de caracterização de improbidade na hipótese de divergência interpretativa da lei, a suspensão da eficácia foi justificada pela amplitude do dispositivo, o qual, segundo o relator, pode ensejar insegurança jurídica e esvaziar a efetividade da ação de improbidade.

Em relação ao art. 12, § 1º, o relator entendeu desarrazoada a nova regra no sentido de que a aplicação da sanção de perda da função pública atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente detinha com o poder público no momento da prática do ato de improbidade. Nesse sentido, fundamenta que se trata de "severa restrição ao mandamento constitucional de defesa da probidade administrativa" (Brasil, 2023, p. 18), e que "pode eximir determinados agentes dos efeitos da sanção constitucionalmente devida simplesmente em razão da troca de função ou da eventual demora no julgamento da causa" (Brasil, 2023, p. 19).

Relativamente ao § 10 do art. 12, o fundamento da suspensão de eficácia é conduzido no sentido de que "os efeitos da detração estabelecida pela norma impugnada, cujo status é de lei ordinária, podem afetar o sancionamento adicional de inelegibilidade prevista na Lei Complementar 64/1990" (Brasil, 2023, p. 21), razão pela qual haveria risco de violação ao art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e aos princípios da vedação à proteção deficiente e ao retrocesso.

No que tange ao art. 17-B, § 3º, o entendimento pela suspensão da eficácia por possível inconstitucionalidade foi justificado pela possibilidade de o dispositivo impactar na autonomia do Ministério Público, bem como nas prerrogativas de autonomia e autogoverno dos Tribunais de Contas em suas respectivas competências constitucionais. Sobre o tema, assim constou na decisão:

> Nada obstante, ao regulamentar esse instrumento de consensualidade administrativa, o dispositivo questionado estabelece a obrigatoriedade da oitiva do Tribunal de Contas competente, que deverá

> se manifestar, com a indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.
> Ao assim dispor, a norma aparenta condicionar o exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas, transmudando-a em uma espécie de ato complexo apto a interferir indevidamente na autonomia funcional constitucionalmente assegurada ao órgão ministerial. (Brasil, 2023, p. 22)

Por fim, quanto ao art. 21, § 4º, que estabelece a comunicação dos efeitos da decisão absolutória em ação penal à ação de improbidade, argumentou o ministro relator que geraria o risco da independência mitigada entre esferas jurídicas "corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias" (Brasil, 2023). Com isso, a decisão acolheu o argumento dos autores da ADI, no sentido de que o § 4º do art. 21 da Lei 8.429/1992 violaria os princípios da independência das instâncias, do juiz natural, do livre convencimento motivado e da inafastabilidade da jurisdição, diante da irrestrita comunicação das ações penais com as ações de improbidade.

Em derradeira análise, é possível notar que os fundamentos legais conferidos pela Suprema Corte para acolher a cautelar e invalidar a legislação foram, majoritariamente, baseados em princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, facilmente manejáveis para justificar tanto a inconstitucionalidade quanto a constitucionalidade de uma norma, a depender do entender subjetivo do julgador.

Fato é que existe uma pluralidade de possíveis respostas juridicamente válidas e legítimas para problemáticas insurgentes no campo do direito, de modo que não há uma única verdade. Nesse sentido, Rodrigo Valgas (2020) reflete que, se as próprias ciências naturais já abandonaram o conceito de verdade na primeira metade do século XX, é ilusório que o Direito pretenda, em pleno século XXI, obter a resposta verdadeira ou correta para questões atinentes às ciências humanas e sociais.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal parece agir não mais como um guardião da Constituição, mas como um fiscalizador meritório das respostas dadas por outros Poderes a questões jurídicas, institucionais e políticas, com a palavra final para definir se os Poderes Legislativo e/ou Executivo incorreram em erro ou acerto em determinada tomada de decisão. Nesse sentido, o direito é tratado como se as complexas situações jurídicas que permeiam a sociedade somente dispusessem de soluções em binômios certo-errado, simplificando sobremaneira os debates públicos.

Assim, utilizando-se de valores abstratos como o efetivo combate à corrupção e à moralidade administrativa, a segurança jurídica, o princípio *in dubio pro societate,* a condescendência na obtenção de provas ilícitas em prol da efetividade e a independência absoluta entre instâncias, o Poder Judiciário fragiliza o núcleo de princípios e garantias fundamentais que estruturam a Constituição e o Estado Democrático de Direito, enquanto, paradoxalmente, declara estar protegendo-o.

Ainda, observa-se o uso de argumentos consequencialistas para atropelar a vontade do legislador brasileiro, de modo a desvalorizar todo o trajeto processual-legislativo percorrido para se chegar a uma redação final da lei (com a consulta a diversas comissões, audiências públicas, debates parlamentares, etc).

A supracitada decisão monocrática proferida quando da apreciação do pedido liminar formulado na ADI 7.236/DF é uma clara demonstração desse panorama: a "potencial inconstitucionalidade" apontada na norma não é intrínseca a ela, mas tão somente fruto de uma decisão política do Supremo que assim quer que ela seja vista, o qual justificou sua decisão em possíveis consequências que sequer são comprovadamente existentes e, ainda que existentes, não há demonstração de que seriam inafastáveis ou incontornáveis.

Não se olvida da importância do consequencialismo na tomada de decisão jurídica — notadamente diante das diretrizes estabelecidas na LINDB após a Lei n. 13.655/2018 (Brasil, 1942). Nesse sentido, de acordo com Neil MacCormick, um defensor das teses

consequencialistas, qualquer argumentação jurídica que siga os princípios de universalidade, consistência e coerência leva a resultados imediatos na decisão judicial concreta, bem como a consequências que se desdobram a partir dessa decisão. Os resultados são parte integrante da decisão judicial em si, enquanto as consequências se manifestam no mundo real e podem também ter implicações jurídicas adicionais, sendo então chamadas de consequências jurídicas (MacCormick, 1983).

Contudo, de acordo com o mesmo autor, nenhum método racional pode evitar que ocorram discordâncias na interpretação e na qualificação jurídica, ressaltando a ideia de que não existe uma única decisão possível, correta e definitiva, tanto em relação aos fundamentos quanto às consequências jurídicas (MacCormick, 1983).

E, de qualquer modo, a revisão judicial da legislação não serve para conter erros e acertos políticos do legislador eleito, mas sim para controlar a constitucionalidade da lei. Os erros são intrínsecos à atividade legislativa, e a partir deles se aperfeiçoam as normas.

Com efeito, a intervenção indevida nas decisões de outros poderes é muito mais prejudicial à administração pública, à democracia e ao Estado Democrático do Direito do que uma decisão considerada pelo Judiciário como equivocada.

Em razão disso, a doutrina jurídica tem formulado e defendido o chamado princípio da deferência, que "corresponde ao respeito à decisão tomada pelo gestor, no uso de sua discricionariedade, para evitar que decisões legítimas e ponderadas sejam substituídas por outras da preferência pessoal e subjetiva do controlador ou do juiz" (Motta e Nohara, 2019, p. 25). Dessa forma, o magistrado, ao observar o princípio da deferência, exerce uma espécie de autocontenção para não ultrapassar sua competência constitucional.

É possível notar que, embora o Supremo Tribunal tenha contribuído historicamente para o avanço da discussão a respeito da necessidade de se conferir maiores garantias aos acusados em processos de direito administrativo sancionador em um momento de inércia legislativa sobre o tema, curiosamente, em momento

posterior, também atuou de modo a conter os avanços legislativos na matéria, sobretudo no que tange à reforma evidentemente garantista promovida na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/2021, alvo de controle de constitucionalidade na ADI 7.236/DF.

Isso demonstra os perigos de se conferir tanto poder à jurisdição constitucional para dar a "última palavra" sobre os sentidos e significados da Constituição e das leis: seus posicionamentos podem, muitas vezes serem imprevisíveis e ocasionais, de modo a comprometer a segurança jurídica e a racionalidade do sistema.

4 CONCLUSÃO

Ainda não há no Brasil um "regime jurídico de Direito Administrativo Sancionador" propriamente dito, porquanto a amplitude de manifestações desse ramo jurídico e a fragmentariedade do Direito Administrativo impossibilita a identificação e a definição das garantias e princípios aplicáveis sem que haja uma orientação legislativa e/ou constitucional clara sobre o tema, de maneira positivada.

Porém, até certa medida, as garantias de Direito Penal previstas constitucionalmente devem ser estendidas ao Direito Administrativo Sancionador, uma vez que ambos os ramos jurídicos são manifestações de um mesmo poder punitivo do Estado. Contudo, essa transposição de garantias não deve ser automática e geral, visto que os impactos do Direito Administrativo Sancionador nos direitos e liberdades individuais se diferenciam dos impactos produzidos pelo Direito Penal.

É incontestável que, no contexto do constitucionalismo pós-1988, as decisões do Supremo Tribunal Federal exercem especial impacto na evolução jurídico-normativa dos ramos jurídicos.

Contudo, pelo mesmo motivo, nota-se que o Supremo não é capaz de exercer um papel garantista e conferir segurança jurídica no desenvolvimento do regime jurídico administrativo sancionador, dada

a volatilidade de suas decisões e a sua atual tendência de intervenção excessiva diante de novidades legislativas.

Com efeito, em uma perspectiva deontológica, aponta-se para a necessidade de se apaziguar os atuais conflitos institucionais em matéria de Direito Administrativo Sancionador, substituindo-os pela doutrina dos diálogos institucionais e dando privilégio à deferência no âmbito da hermenêutica e da aplicação de normas de caráter garantista, de modo a conferir maior segurança jurídica ao indivíduo ante a persecução sancionatória estatal.

Isso se faz especialmente necessário no âmbito do Direito Administrativo, diante de sua fragmentariedade e amplitude, que exigem a consideração do ponto de vista das múltiplas instituições estatais a serem impactadas; e, mais ainda, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, que demanda, urgentemente, uma definição clara de seu sistema de princípios e garantias constitucionais, não podendo o indivíduo ficar à mercê de posicionamentos voláteis do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato**: *ne bis in idem* e proporcionalidade. 2021. 344 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Rio Grande do Sul, 2021.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial *Versus* Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.html. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.236 MC/DF.** Relator(a) Ministro Alexandre de Moraes,

10 de janeiro de 2023. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355453796&ext=.pdf. Acesso em: 08 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO 2829 AgR**, Relator(a): Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, 20 de outubro de 2017. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal, 2017b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 843989/PR.** Relator(a): Ministro Alexandre De Moraes, 12 de dezembro de 2022. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur473324/false. Acesso em: 08 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 32201/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 07 de agosto de 2017. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal, 2017a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13287495. Acesso em: 11 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 3240 AgR/DF**, Relator(a): Ministro Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso, 22 de agosto de 2018. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291. Acesso em: 11 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional 41557/SP.** Relator: Ministro Gilmar Mendes, 15 de dezembro de 2020. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934358. Acesso em: 11 maio 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti *et al.* **Direito administrativo sancionador**: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. Coord.: José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019.

MACCORMICK, Neil. **On legal decision and their consequences**; from Dewey to Dworkin. New York Univesity Law Review, vol. 58, nº 2, 1983.

MOTTA, Fabrício. NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público:** Lei 13.655/2018. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Hassemer e o direito penal brasileiro:** direito de intervenção, sanção penal e administrativa. IBCCRIM, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1. ed. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 53-86, 2022.

ÚLTIMA PALAVRA SOBRE AS PRERROGATIVAS: QUEM DECIDE SOBRE A PERDA DE MANDATO DE PARLAMENTAR CONDENADO CRIMINALMENTE?

FINAL SAY ON THE PREROGATIVES: WHO DECIDES ON THE LOSS OF PARLIAMENTARY MANDATE DUE TO A FINAL CRIMINAL CONVICTION?

Ana Carolina Tonon dos Santos[64]

Resumo: O artigo discute a perda de mandato parlamentar por condenação criminal transitada em julgado, considerando a jurisprudência oscilante do Supremo Tribunal Federal. O tema envolve discussões sobre o exercício dos direitos políticos, de representação e das disputas ocorridas entre os Poderes a respeito de quem detém a "última palavra" para decidir sobre tal competência. Para formular conclusão sobre a questão apresentada, utiliza-se da metodologia dedutiva, procedendo-se a um estudo sobre os principais dispositivos legais e doutrinários utilizados para balizar a interpretação aplicada aos casos. Depois, realiza-se estudo técnico, através da análise jurisprudencial, dos casos relativos a cada um dos três entendimentos adotados pela Corte, extraindo a argumentação vencedora em cada um deles. A partir destes dados, faz-se análise crítica da postura do Tribunal e as implicações dos julgamentos e a incerteza quanto às prerrogativas debatidas, apontando a fragilização dos mecanismos democráticos, especialmente na tensão observada entre Poder Judiciário e Legislativo.

Palavras-chave: Mandato Parlamentar; Condenação Criminal; Supremacia Judicial; Conflito Institucional.

64 Bacharela em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC). Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC (PPGD/UFSC). Advogada em Santa Catarina. Email: anactonons@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5044648556264256.

Abstract: This paper examines the loss of parliamentary mandate due to a final criminal conviction, considering the oscillating jurisprudence of the Supreme Federal Court. The topic revolves around themes of the exercise of political rights, representation, and the institutional disputes regarding who holds the "final say" to decide on such competence. In order to elaborate on the issue, the article uses a deductive methodology, gathering the main legal and literature used to guide the interpretation applied to the cases. Afterward, a technical study is conducted through a jurisprudential analysis related to each of the three understandings enforced by the Court, extracting the winning argument in each of them. From these data, a critical analysis is made of the Court's stance and the implications of the judgements and the uncertainty regarding the debated prerogatives, pointing out the weakening of democratic mechanisms, especially in the tension observed between the Judiciary and the Legislature.

Keywords: Parliamentary Mandate; Criminal Conviction; Judicial Supremacy; Institutional Conflict.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) atribui aos direitos políticos posição de centralidade em seu texto, na medida em que são considerados a expressão da cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito. Tamanha é sua relevância para a democracia que o texto constitucional veda expressamente a cassação definitiva dos direitos políticos.

Não obstante, há hipóteses excepcionais em que é possível a perda ou suspensão de tais direitos. A disciplina contida no artigo 15, III da CRFB dispõe que ocorre a suspensão dos direitos políticos daqueles sob a qual recair condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Portanto, a regra geral é a de que incidindo tal suspensão, automaticamente cessa o mandato eletivo exercido pela pessoa condenada.

Há, contudo, regra específica aplicável aos ocupantes de cargo eletivo no Congresso Nacional, descrita no art. 55, VI, §2º da Constituição. No caso dos parlamentares, a regra constitucional sobre a perda de mandato eletivo por condenação criminal transitada em julgado dispõe que, uma vez ocorrida a condenação, as consequências quanto ao mandato serão decididas por deliberação da respectiva Casa Legislativa, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político com representação no Congresso, assegurada a ampla defesa.

Em que pese o texto constitucional ter redação direta e aparente clareza, a interpretação e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) não é pacífica. A Corte enfrenta o tema há quase três décadas, e já foram adotados ao menos três entendimentos divergentes entre si. A primeira corrente aplicada preconiza pela aplicação literal do disposto no art. 55, §2º e, assim, entende que compete à Casa Legislativa a decisão relativa à perda do mandato do Congressista que tenha sido condenado criminalmente.

Por outro lado, a segunda corrente entende que a perda de mandato constitui decorrência natural da condenação imposta pelo Poder Judiciário, descabendo deliberação política acerca de decisão proferida. Ao derradeiro, a terceira corrente reconhece a competência da Casa Legislativa para decidir quanto à perda do mandato, mas apenas nos casos em que não ocorrer condenação em período superior a 120 (cento e vinte) dias em regime fechado. Na hipótese de tal condenação, a perda seria automática, tendo em vista impossibilidade física do exercício do mandato, cabendo à Casa Legislativa apenas declarar a sua perda.

A questão que se pretende explorar, portanto, é se existiria permissivo jurídico autorizativo para que o Poder Judiciário decrete a perda automática de mandato de parlamentar federal em razão de condenação criminal, sem a deliberação da respectiva Casa Legislativa. A hipótese é no sentido de que os posicionamentos adotados pelo STF em que não foi aplicada a literalidade do §2º do art. 55 da CFRB configuram supressão de prerrogativa institucional conferida ao Poder

Legislativo para decidir sobre seus membros, detentores legítimos da representação política e democrática.

Considerando tais parâmetros, este trabalho tem como objetivo geral estudar as conclusões adotadas pelo STF quanto à hipótese de perda de mandato parlamentar decorrente de sentença criminal transitada em julgado. Os objetivos específicos, portanto, são o de descrever, através de revisão bibliográfica, os elementos centrais para a discussão analisada, quais sejam: os aspectos conceituais dos direitos políticos, especialmente as hipóteses de perda e suspensão destes; também, analisar os efeitos da condenação criminal, com ênfase nos efeitos extrapenais de perda de função, cargo público ou mandato eletivo; e, por fim, estudar o tratamento jurídico concedido aos parlamentares, suas prerrogativas e especificamente as hipóteses de perda de mandato delineadas na Constituição Federal. Em seguida, apresentar análise acerca das decisões proferidas pelo STF sobre o tema, de modo a identificar, através de casos paradigma, cada uma das correntes discutidas. Assim, uma vez delimitados os aspectos conceituais e práticos, será possível empreender exame crítico da atuação do Tribunal nas referidas decisões.

O método de abordagem é o dedutivo, partindo de argumentos e conceitos gerais para obter-se conclusões acerca dos entendimentos fixados pela jurisprudência do STF. Como método procedimental, adota-se o monográfico, através da pesquisa de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental, bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e legislativa acerca do tema. A pesquisa, portanto, será qualitativa, teórica, descritiva e prescritiva.

O trabalho está dividido em três seções. A primeira delas apresenta as disposições normativas e doutrinárias acerca do tema estudado. Assim, são apresentados os conceitos básicos sobre os quais as decisões se debruçam, tais quais os direitos políticos, os efeitos da condenação penal e o regime jurídico do Estatuto dos Congressistas. A segunda seção, por sua vez, apresenta mais detalhadamente as três correntes jurisprudenciais já mencionadas – indicando quais decisões às compõem, bem como a interpretação fixada em cada uma delas.

Por fim, a última seção empreende um esforço crítico diante da jurisprudência analisada e dos conceitos apresentados. Nesse sentido, apresenta-se a disputa existente entre o Poder Legislativo e o Judiciário no que diz respeito à legitimidade democrática para fazer valer tais decisões. Assim, identifica-se uma queda de braço que coloca a supremacia judicial de um lado e as prerrogativas parlamentares de outro, com a consequência do enfraquecimento das instituições democráticas diante dos meios discursivos de interpretação hermenêutica expansiva.

2 PARLAMENTARES CONDENADOS: PECULIARIDADES À REGRA GERAL

A presente seção tem caráter teórico e introdutório, com o objetivo apresentar as disposições legais fundamentais à discussão proposta o trabalho. Para tanto, são abordados conceitos relativos aos direitos políticos e suas hipóteses de perda e suspensão. Na sequência, explora-se a possibilidade de perda de mandato eletivo como efeito secundário da condenação penal. Por fim, discute-se o regime jurídico dos parlamentares, apresentando as prerrogativas e vedações a eles conferidas e, enfim, as hipóteses previstas no texto constitucional relativas à perda de mandato e seus respectivos procedimentos.

2.1 SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS: A REGRA GERAL DO ART. 15, III, DA CRFB

A Constituição Federal atribui aos direitos políticos a condição de instrumentos para o exercício da soberania popular (SILVA, 2005, p. 345). Trata-se, para Bernardo Gonçalves (2020, p. 995), de "um grupo de normas que envolvem a participação dos indivíduos (cidadãos) nos processos de poder, ou seja, nas tomadas de decisões que envolvem

a vida pública do Estado e da sociedade". Por sua vez, eles assumem dimensão tanto negativa quanto positiva.

Os direitos políticos positivos estão estritamente ligados à capacidade eleitoral ativa, consubstanciada na alistabilidade, e a passiva, caracterizada pela elegibilidade. Ao seu turno, os direitos políticos negativos dizem respeito à ausência de capacidade eleitoral passiva, bem como à perda ou suspensão destes. Descreve José Afonso da Silva (2005, p. 345) que os direitos políticos são negativos justamente porque "negam, ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública".

A Constituição veda expressamente a cassação de direitos políticos, mas consigna as hipóteses em que pode haver perda ou suspensão no artigo 15 e respectivos incisos. Enquanto a perda dos direitos políticos tem caráter de definitividade, os casos de suspensão diferenciam-se destes pelo seu traço de temporariedade.

Ainda que a CRFB não faça distinção entre quais são as hipóteses de perda e quais as de suspensão, a doutrina ocupou-se de estabelecer em cada categoria encontram-se os incisos. Nos casos da perda em caráter definitivo, Alexandre de Moraes (2022, p. 321-329) indica que esta ocorre nos casos de (i) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, nos termos do art. 12, §4º; e (ii) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII. Além disso, aponta também que há outras duas hipóteses de casos de perda previstos na CRFB, embora não alocadas no art. 15. São elas (iii) a perda de nacionalidade por aquisição voluntária de outra, nos termos do art. 12, §4º, II; e (iv) a anulação judicial de procedimento de naturalização, por vício de consentimento no ato jurídico.

Por sua vez, são formas de suspensão dos direitos políticos, na classificação proposta por Moraes, (i) a incapacidade civil absoluta; (ii) a improbidade administrativa, conforme o art. 37, §4º da Constituição e (iii) a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os efeitos da punibilidade.

Como regra geral, portanto, a condenação criminal transitada em julgado suspende os direitos políticos do condenado – representando incompatibilidade com o exercício de mandato eletivo. Assim, a regra geral é a da imediata cessação do exercício do mandato, uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória (Gonçalves, 2020, p. 1.056). A situação é excepcionada, contudo, em relação aos Deputados Federais e Senadores, em função de exceção prevista constitucionalmente no art. 55, VI, e §2º.

2.2 PERDA DE MANDATO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO PENAL: A REGRA DO ART. 92, I, DO CÓDIGO PENAL

Ensina Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 438) que a "sanção penal é a consequência jurídica direta e imediata da sentença penal condenatória". Além da sanção, a sentença impõe outros efeitos, chamados secundários, que podem ser de natureza penal ou extrapenal – potencialmente estendendo-se para o campo político. Estes são disciplinados pelo art. 92 do Código Penal (CP), e tem efeitos "ainda mais onerosos, precisamente em consideração ao tipo de bem jurídico lesado e à necessidade de maior prevenção contra tais comportamentos e danos" (Pacelli, 2020, p. 497).

Quanto à penalidade de perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, a legislação penal faz distinção a depender da natureza da infração praticada (art. 92, I, a) ou da pena imposta (art. 92, I, b). Esclarece Bitencourt (2021, p. 442) que para a aplicação do efeito previsto em caso de condenação superior a um ano por crime praticado contra a Administração Pública, é "imprescindível que a infração penal tenha sido praticada com *abuso de poder ou violação de dever* inerente ao cargo, função ou atividade pública.

No caso de crimes comuns, quando não há necessariamente relação com a Administração Pública, a penalidade só pode ser aplicada em condenação superior a quatro anos. Bitencourt aponta que essa segunda hipótese de perda do cargo decorre da graduação da

pena, demonstrando um maior desvalor ao resultado produzido pela infração penal.

2.3 ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS E A REGRA ESPECIAL DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO

O Estatuto dos Congressistas consiste em um conjunto de normas que disciplinam o regime jurídico relativo aos membros do Congresso Nacional – especialmente no que tange aos seus direitos e imunidades, além de deveres e impedimentos decorrentes da ocupação de cargo no Poder Legislativo. Leciona Bernardo Gonçalves (2020, p. 1.264):

> "A finalidade das imunidades parlamentares é a proteção da independência do poder Legislativo em relação aos outros Poderes e frente à própria sociedade, para que ele possa desenvolver suas funções típicas e atípicas de forma adequada. Assim sendo, elas (imunidades) visam ao desenvolvimento do princípio da separação dos Poderes e, com isso, desenvolve-se a própria lógica do Estado Democrático de Direito. Sem dúvida, um Poder Legislativo independente reforça o princípio democrático".

As imunidades, por sua vez, desdobram-se em duas dimensões: a material e a formal. A imunidade material encontra-se prevista no *caput* do art. 53 da Constituição Federal, e prevê a inviolabilidade civil e penal dos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos. Seu alcance é limitado aos atos praticados pelo congressista em conexão ao exercício do mandato parlamentar. Assim, ensinam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2021) que a imunidade não alcança as palavras proferidas "fora do exercício formal do mandato", que, "pelo conteúdo e contexto em que perpetradas, sejam de todo alheias à condição de Deputado ou Senador do agente" (Mendes; Branco, 2021, p. 494).

As imunidades formais, ao seu turno, protegem os Congressistas em relação à prisão, além de incluírem a possibilidade de sustar o processo penal em curso contra eles. Essa proteção inicia-se a partir do momento da expedição do diploma parlamentar, conforme disciplina o §2º do art. 53 – a regra excepciona-se, apenas, para casos de flagrante da prática de crime inafiançável. Esta proteção se estende, também, às regras relativas à persecução penal dos parlamentares, na medida em que o § 3º do art. 53 faculta à Casa respectiva a decidir sustar o andamento da ação até a decisão final. Outra dimensão das imunidades estendidas aos parlamentares diz respeito à competência de julgamento, que é delegada ao STF, conforme disposto no §1º do art. 53 da CRFB.

As condutas vedadas aos Congressistas encontram-se no art. 54, dispositivo que visa garantir a independência do Poder Legislativo, conferindo determinadas incompatibilidades ao exercício de mandato eletivo.

O art. 55, por sua vez, disciplina as hipóteses em que haverá perda de mandato antes do término da legislatura. São elas: (i) a infringência de qualquer uma das proibições estabelecidas pelo art. 54; (ii) procedimento que for declarado incompatível com o decoro parlamentar; (iii) falta de comparecimento, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa, salvo licença ou missão autorizada; (iv) perda ou suspensão dos direitos políticos; (v) decretação pela Justiça Eleitoral; (vi) condenação criminal transitada em julgado.

Há, ainda, consequências distintas a depender da causa geradora da perda do mandato. Dispõe o §2º do art. 55 que nos casos previstos nos incisos I, II e VI (ocorrência de prática vedada pelo art. 54, quebra de decoro parlamentar ou condenação criminal transitada em julgado) a perda do mandato será decidida pela respectiva Casa Legislativa, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. Nas outras hipóteses, dos incisos III, IV e V (faltas à terça parte das sessões ordinárias da Casa, perda ou suspensão de direitos políticos ou decretação da perda do mandato pela Justiça Eleitoral), o

§ 3º do referido artigo dispõe que esta perda será declarada pela Mesa da Câmara ou do Senado.

Ponderando sobre o tema, Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 440) anota que há consequências práticas relevantes entre essa distinção – nos casos em que está prevista a declaração da Mesa, esta seria apenas a ratificação de "algo que, na verdade, já foi decidido antes". Por outro lado, os casos que demandam a decisão do plenário da Casa Legislativa por maioria absoluta, mostram que os órgãos

> "são livres para agir como quiserem, ou seja, poderão deixar de decidir pela perda de mandato mesmo que um deputado ou senador supostamente tenha descumprido uma das vedações previstas no art. 54, ou tenha praticado ato incompatível com o decoro parlamentar, ou, ainda, tenha sofrido condenação criminal transitada em julgado".

No que diz respeito à suspensão dos direitos políticos aplicável a congressista que tenha sofrido condenação criminal transitada em julgado, a discussão encontra uma área pouco clara. Esta ocorre porque "o art. 55 trata em incisos distintos aquilo que o art. 15, III, trata em conjunto" (Silva, 2021, p. 440). Nesse sentido, Bernardo Gonçalves (2020, p. 1.314) entende que com a condenação criminal transitada em julgado, ainda que houvesse a suspensão dos direitos políticos do Congressista, impedindo que este vote ou seja votado, isso não detém relação automática com a perda do mandato que ele exerce, a qual dependeria de deliberação da Casa Legislativa que ele compõe.

Todavia, registra que a jurisprudência construída no STF não é uníssona sobre o tema, e houve fixação de distintos posicionamentos da Corte acerca das consequências relativas à condenação criminal imposta a Senadores e Deputados sobre seus mandatos eletivos. Tendo em vista essa divergência jurisprudencial, a próxima seção dedicar-se-á analisar os entendimentos adotados pela Corte.

3 PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Passada a apresentação dos conceitos fundamentais à discussão do trabalho, nesta seção serão analisados casos concretos decididos pelo STF que resultaram em condenação criminal de pessoas que ocupavam, à época, mandato eletivo no Congresso Nacional. O objetivo é de proceder a um estudo técnico destes casos quanto aos efeitos da condenação criminal imputada a estes representantes, a fim de identificar sob quais pressupostos a hermenêutica constitucional se balizou, extraindo quais e que tipos de argumentos serviram de fundamento para a prolação das decisões objeto de análise.

O critério de escolha das decisões analisadas está restrito a acórdãos proferidos pelo STF após a promulgação da Constituição de 1988. A triagem dos acórdãos relacionados com o tema da seção foi feita através da leitura das ementas e dos votos condutores de cada um dos casos. Foram excluídos da pesquisa resultados em que foi constatada a prescrição da pretensão punitiva, ou julgado prejudicado o pedido pelo fim do exercício do mandato[65]. Das amostras restantes, os casos foram analisados através da leitura das teses vencedoras. Nesse sentido, a técnica metodológica consiste na identificação das teses vencedoras, apontando as delimitações discursivas utilizadas para fundamentar cada uma das correntes identificadas.

3.1 "O TEXTO É LITERAL, PRESIDENTE": QUANDO O STF DECIDE PELA APLICAÇÃO DO ART. 55, VI, §2º

Neste primeiro tomo, extrai-se a hermenêutica vencedora dos casos em que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicação do disposto no §2º do art. 55 da Constituição Federal, atribuindo à Casa

65 Foram excluídos do levantamento: AP n. 695/MT, Rel. Min. Rosa Weber; AP n. 984/AP, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; AP 530/MS, Rel. Min. Rosa Weber; AP 1.025/DF, Rel. Min. Edson Fachin.

Legislativa esta prerrogativa. Ao total, são eles: AP n. 481/PA, Rel. Min. Dias Toffoli (2011); AP n. 565/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia (2013); AP n. 563/SP, Rel. Min. Teori Zavascki (2014); AP n. 572/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes (2014); AP n. 935/AM, Rel. Min. Alexandre de Moraes (2018) e AP n. 996/DF, Rel. Min. Edson Fachin (2018).

Nos casos da primeira corrente, identifica-se como fundamentação comum a preocupação em se preservar a intangibilidade do mandato, impedindo que uma decisão emanada de outro Poder (o Poder Judiciário) implique na suspensão de direitos políticos e na perda do mandato parlamentar (Brasil, 1995, p. 64-65). Nesse sentido, as decisões também privilegiam a separação de poderes, de modo a preservar a autonomia do Legislativo (Brasil, 2011, p. 221; Brasil, 2018, p. 479).

No caso do julgamento do Senador Ivo Cassol (Brasil, 2013a), o ministro Luís Roberto Barroso considerou a literalidade do art. 55, VI e seu § 2º como "obstáculo intransponível" à perda automática do mandato parlamentar após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ainda que entendesse que esta seria a "decorrência lógica" do sistema. A divergência, neste caso capitaneada pelo então presidente do STF, Joaquim Barbosa, argumentava no sentido de que submeter a decisão proferida pelo Tribunal ao crivo do Congresso Nacional implicaria na criação de fatores de inexequibilidade dos posicionamentos emitidos pela Corte nesta matéria (Brasil, 2013a, p. 292).

Neste caso e nos demais, alguns dos ministros – e inclusive o min. Barroso –, manifestam em seus votos e nas discussões do Plenário insatisfação pessoal quanto à redação constitucional, além de preocupação com a possível inefetividade das decisões do STF – mas que ainda assim a interpretação dada pelo Tribunal deveria ser a melhor possível, dentro dos limites do texto constitucional, sob pena de tornarem-se "usurpadores do Poder Constituinte" (Brasil, 2013a, p. 293).

Numericamente, observa-se que a Corte entendeu, na maioria dos casos, pela aplicação da literalidade do disposto na Constituição.

Portanto, pela conclusão de que é competência da respectiva Casa Legislativa para declarar a perda do mandato parlamentar condenado por sentença criminal transitada em julgado, nos exatos termos do art. 55, VI, § 2º do texto constitucional.

Essa posição, por sua vez, é balizada sob a conclusão de que, aos membros do Congresso Nacional, a regra geral da suspensão de direitos políticos decorrente de sentença criminal transitada em julgado – como prevista no art. 15, III, é excepcionada pela regra específica disposta no Estatuto dos Congressistas. Portanto, a solução para a aparente antinomia encontrada nos §§ 2º e 3º do art. 55 e do disposto no art. 15, III da Constituição Federal seria resolvida pelo critério da especialidade. Ademais, percebe-se nesta corrente uma preocupação de manutenção da vontade do Constituinte originário, no sentido de manter a decisão quanto à manutenção ou não do papel de representação política àqueles que têm a autorização constitucional para fazê-lo, reconhecendo a competência do Poder Legislativo para tanto.

3.2. "AO PODER LEGISLATIVO CABE, APENAS, DAR FIEL EXECUÇÃO À DECISÃO DA JUSTIÇA": PERDA DO MANDATO DETERMINADA PELO STF

Seguindo adiante com o objetivo de analisar tecnicamente os pressupostos hermenêuticos utilizados pelo STF em casos concretos nos quais houve condenação criminal de parlamentar federal, esta subseção apresentará os casos em que o STF firmou entendimento de que a perda de mandato parlamentar é decorrência automática da sentença penal condenatória. Nesta corrente, os acórdãos abordados têm como tese vencedora a de que, sentença penal condenatória, cabe à Mesa da respectiva Casa Legislativa apenas declarar seu resultado, nos termos do art. 55, §3º da Constituição Federal. Portanto, serão abordados neste capítulo os julgados: AP n. 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa (2012); AP 936/QO, Rel. Min. Cármen Lúcia (2013).

A Ação Penal precursora desta corrente, AP 470, conhecida como "Mensalão", foi um dos mais emblemáticos julgamentos conduzidos pela Corte, e se estendeu ao longo de quase setenta sessões de julgamento. A construção discursiva que levou à fixação do entendimento da perda automática de mandato foi liderada pelo ministro Joaquim Barbosa, que propôs uma distinção entre as hipóteses de perda de mandato parlamentar: para o magistrado, o regramento disposto no art. 55 da Constituição diz respeito às ocasiões em que a perda é decretada por um juízo político - e que visam reduzir a possibilidade de que uma maioria política de ocasião retire o mandato de um representante do povo. De outro viés, entende como "situação inteiramente diversa" a decretação da perda do mandato eletivo pelo Poder Judiciário, uma vez que esta seria decorrente do "regular exercício da função jurisdicional", seguindo normas específicas da legislação penal e processual penal (Brasil, 2012, p. 8.040).

Nos debates travados quanto ao tema, o ministro Joaquim Barbosa e o ministro Ricardo Lewandowski discordaram quanto à natureza da decisão exarada pelo STF. Colhe-se do inteiro teor da decisão:

> **O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR)** - Não, mas a impressão que eu tive é que Vossa Excelência disse que a decisão da Câmara é meramente declaratória, o que não é.
>
> **O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Veja, Vossa Excelência, a possibilidade, a minha proposta é esta: nós vamos deixar na nossa decisão consignada a perda, se a Câmara resolver lá que vai proteger esse ou aquele parlamentar, ela que arque com as consequências, mas nós cumprimos a nossa missão que é de aplicar a lei a todos, de maneira igualitária.
>
> **[...] O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR)** - Mas é que Vossa Excelência afirmou com todas as letras - perdão, Presidente - e me preocupou, esse é o contraponto que faço, Vossa

> Excelência em seu voto, que gentilmente nos distribuiu, diz o seguinte: Verificada, regularmente apurada e finalmente sancionada uma determinada ação punível, no plano de Direito Penal, inexiste espaço para a discricionariedade ínsita a um eventual juízo político de conveniência a ser exercido pelo Parlamento acerca da perda do mandato político.
> E eu digo exatamente, o contrário, porque por quatrocentos e sete votos, ou seja, por uma maioria esmagadora, o constituinte originário sufragou a tese que sim, o Congresso Nacional pode emitir um juízo político com relação à perda do mandato, que pode ou não coincidir com o nosso juízo condenatório.
> **O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) -** Mas aí Vossa Excelência está submetendo a função judicial ao jogo político. (Brasil, 2012, p. 8082-8084)

A corrente vencedora, então, enfatizou "o papel eminente que a ordem jurídica atribuiu ao Supremo Tribunal Federal em matéria de interpretação da Constituição da República", e que o Tribunal deteria o "**monopólio da última palavra**" sobre a questão (Brasil, 2012, p. 8229-8332), reforçando a camada supremacia da interpretação constitucional – e sob pena, inclusive, de restringir o efetivo exercício do direito político.

No caso da Ação Penal n. 396/QO, ainda, o STF fixou a possibilidade de que os efeitos da condenação imposta a parlamentar alcançassem mandato posterior. Em que pese a corrente não encontrar respaldo em muitos casos, há de se considerar que – especialmente no caso do Mensalão, em que o STF foi levado à posição de protagonismo nacional (Silva, 2021, p. 509) –, a divergência em relação ao entendimento anterior indica um comportamento da Corte que visa a reafirmar sua autoridade perante o sistema político e pelo país, de modo a não "arriscar" um possível descumprimento de suas determinações por parte do Poder Legislativo.

3.3 "UMA EXCEÇÃO OBJETIVA À REGRA GERAL": CONDENAÇÃO À PENA DE REGIME INICIAL FECHADO, COM DURAÇÃO SUPERIOR AO TEMPO REMANESCENTE DE MANDATO

Finalmente, a terceira corrente interpretativa no que diz respeito à hipótese de perda de mandato parlamentar é composta pelas decisões do STF em que se entendeu pela incidência do artigo 55, III, §3º para os casos em que a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, inviabilizando a presença do Congressista nas sessões ordinárias da respectiva Casa Legislativa da qual faça parte.

Nesse sentido, a tese do Supremo Tribunal Federal é a de que, uma vez prolatada a sentença penal condenatória, em caso de fixação de regime de pena que impeça a participação do congressista em mais de 1/3 das sessões ordinárias de sua respectiva Casa Legislativa, incide a perda automática do mandato, a ser declarada pela Mesa da Câmara ou do Senado. Enquadram-se nestes parâmetros os seguintes processos: AP n. 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber (2017); AP n. 863/SP, Rel. Min. Edson Fachin (2017); AP n. 965/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes (2020); AP n. 1.044/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes (2022). Apesar de não se tratar de decisão colegiada, a decisão monocrática proferida na Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 32.326/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (2013) também será aqui trabalhada, tendo em vista sua relevância para o tema.

Tal interpretação foi aplicada pela primeira vez, monocraticamente pelo ministro Luís Roberto Barroso, no caso do Mandado de Segurança n. 32.326/DF, impetrado em razão da deliberação quanto à perda do mandato do então deputado federal Natan Donadon, condenado na AP n. 396/RO. Para o magistrado, existiria "impossibilidade jurídica e física para o exercício do mandato", nas hipóteses em que o prazo de prisão em regime fechado exceder o período que falta para a conclusão do seu mandato, a perda seria resultado "direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória" (Brasil, 2013b, p. 17).

A tese desenvolvida nessa corrente, portanto, não tem como objetivo expresso a afirmação de "supremacia" do Tribunal quanto à interpretação constitucional, e nem mesmo a de divergir completamente com as conclusões adotadas na primeira, que entendem prevalecer a regra especial contida no art. 55, § 2º da Constituição, quando confrontada com o disposto no art. 15, III. Aliás, como seu próprio subscritor afirma, a regra geral seria a aplicação do disposto no art. 55 – mas, em virtude de uma "exceção objetiva". Na explicação do ministro Luís Roberto Barroso:

> "Por fim, cabe assentar a melhor solução para a questão da perda do mandato. A regra geral, por força do art. 55, § 2º da Constituição, é que a decisão seja tomada pelo plenário da casa legislativa a que pertença o sentenciado, por maioria absoluta. Todavia, em se tratando de pena privativa de liberdade, em regime inicial fechado, a perda do mandato se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Mesa da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória, nos termos do art. 55, § 3º, na linha do que afirmei no MS 32.326/DF, sob minha Relatoria. São três as razões para tal solução: (i) se o parlamentar deverá permanecer em regime fechado por prazo superior ao período remanescente do seu mandato, existe impossibilidade material e jurídica de comparecer à casa legislativa e exercer o mandato; (ii) o art. 55, III da Constituição comina a sanção de perda do mandato ao parlamentar que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias; e (iii) o art. 56, II da Constituição prevê a perda do mandato para o parlamentar que se afastar por prazo superior a 120 dias" (Brasil, 2017, p. 99).

Haveria, então, um deslocamento automático da hipótese de perda de mandato para o disposto no art. 56, II, que prevê, de fato, a

perda automática de mandato. Por fim, esta foi a tese aplicada mais recentemente pelo Tribunal, quando do julgamento da Ação Penal n. 1.044/DF, movida contra o Deputado Daniel Silveira. Este processo, especificamente, é emblemático e escancara a profunda crise política e jurídica atravessada pelo país, tendo em vista que os fatos apurados dizem respeito a sérias ameaças à democracia e em especial ao STF enquanto, além de intimidações direcionadas aos próprios ministros proferidas pelo réu, membro da Câmara dos Deputados.

4 PRERROGATIVAS, ÚLTIMA PALAVRA E DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS: ALGUÉM SAI GANHANDO?

Feito o levantamento e panorama geral das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, para além de se identificar com clareza os argumentos utilizados para nortear cada uma das correntes interpretativas, pode-se identificar elementos ainda mais latentes no que diz respeito à própria atuação da Corte e a percepção sobre o seu papel dentro da dinâmica institucional do país.

Não se pode negar que a posição majoritária – em termos numéricos – adotada pelo STF é pela aplicação literal do texto constitucional, reconhecendo a competência da respectiva Casa Legislativa para declarar a perda do mandato parlamentar condenado por sentença criminal transitada em julgado, nos exatos termos do art. 55, VI, § 2º a CRFB. Todavia, mesmo em casos em que a decisão colegiada foi nesse sentido, já era possível extrair dos votos de determinados ministros a construção e defesa da interpretação que privilegia uma *supremacia da interpretação judicial*, preterindo-se mesmo o texto expresso da Constituição Federal.

Comparando-se os fundamentos da primeira corrente com a segunda, ainda, como destacado ao longo do texto, observa-se que os julgados eram pautados por uma diretriz de respeito à vontade do constituinte originário, a separação de poderes e, mais ainda, da manutenção de se preservar o caráter representativo e autônomo

inerente ao exercício do Poder Legislativo. Por outro lado, as conclusões obtidas em especial a partir do julgamento do "Mensalão", causam verdadeira preocupação quanto aos reflexos para o sistema democrático a adoção dessa hermenêutica.

Nesse sentido, Emerson Gabardo e Ana Cristina Viana (2018, p. 293) afirmam:

> "Quando o instrumental jurídico, cuja característica fundamental deve ser a objetividade, é transmutado em um mecanismo subjetivo de responsabilização, ele se presta a isso: por um lado ao atendimento de interesses pragmáticos de seletividade punitiva de um grupo em detrimento de seu adversário; por outro, aos anseios gerais moralistas e irracionais da sociedade".

O que se denota da corrente vencedora naquele caso – que, de fato, elevou o Tribunal à posição central e de protagonismo em âmbito nacional –, é a elasticização de conceitos até então claros e, até mesmo, a completa desconsideração do texto constitucional em nome de preservar a "autoridade da última palavra" supostamente concedida ao STF.

Nesse sentido, Eneida Desiree Salgado adverte quanto à lógica do Estado Constitucional e Democrático de Direito pressupor uma série de mecanismos institucionais, baseados na separação dos poderes, freios e contrapesos, como parte essencial para sua manutenção. Todavia, aponta que tem se verificado na atuação do Poder Judiciário uma desconsideração do texto constitucional, assumindo por vezes um "discurso moralista que despreza os direitos políticos, prerrogativas parlamentares e a separação dos poderes" (Salgado, 2018).

É precisamente o que se vislumbra na segunda corrente: a Corte promoveu uma interpretação extensiva que culminasse em seu resultado desejado – o deslocamento da competência para decretação de perda de mandato parlamentar do Poder Legislativo para o Judiciário. O STF, na ocasião, decidiu que cabia a ele a última palavra.

Mas, como sustenta Salgado (2018), "ao afastar o Direito posto por sua leitura particular, atuando para além do texto constitucional, com justificativas de excepcionalidade, os magistrados promovem uma quebra das garantias do constitucionalismo e do Estado de Direito".

Na mesma linha, o professor Juliano Benvindo descreve a atuação do STF como "um jogo discursivo bastante persuasivo":

> "Por um lado, a corte constitucional diz defender a democracia, os princípios estruturantes do constitucionalismo, as minorias e, por outro, o faz por intermédio de técnicas decisórias "racionais", capazes de serem flexíveis o suficiente para abarcar anseios coletivos antes tidos como mais afeitos ao campo de decisão do parlamento" (Benvindo, 2014).

São casos em que a Corte optou por promover à reafirmação da sua autoridade judiciária perante o país, a despeito da previsão legislativa expressa com a qual a Corte se deparava e das garantias democráticas pelas quais deveria zelar.

Por fim, a inauguração da terceira corrente interpretativa abalou mais ainda as relações já conflituosas entre o Congresso Nacional e o STF. Em resposta à decisão adotada pela Primeira Turma do STF na Ação Penal n. 694, a Mesa da Câmara dos Deputados propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 511.

Em suas razões, a Arguente suscitou a possibilidade de violação do preceito fundamental de separação de poderes, bem como o risco à segurança jurídica, tendo em vista a existência de posicionamentos contraditórios entre si e convalidados pela Corte. Em especial no que diz respeito à compreensão adotada na Ação Penal n. 694, a Mesa da Câmara dos Deputados sustentou que existiria confusão entre *o exercício* e a *titularidade* do mandato parlamentar:

> "A imposição de pena privativa de liberdade impossibilita, em princípio, o exercício do mandato,

> mas a decisão sobre a sua titularidade deve permanecer com a Casa a que pertencer o Parlamentar condenado. Nunca é demais lembrar que mesmo a decisão condenatória com trânsito em julgado pode ser desconstituída ou ter sua eficácia suspensa ou mitigada de formas diversas, independentemente do regime inicial de cumprimento da pena, como, por exemplo, pela concessão de anistia, graça ou indulto, pela superveniência de legislação mais favorável (que enseje o reenquadramento do regime inicial de cumprimento da pena), pela retroatividade de lei que não mais considere o fato como criminoso (abolitio criminis) ou, ainda, por decisão do próprio Tribunal em sede de revisão criminal. Por essa razão, a preservação da titularidade do mandato parlamentar possui uma utilidade intrínseca, ainda que potencial, mesmo quando o exercício do mandato se encontre obstaculizado pelo cumprimento de pena privativa de liberdade" (Brasil, 2024, Petição Inicial n. 7395/2018, p.14).

Nesse ponto, então, vê-se que a decisão "automática" de deslocamento de hipótese de perda de mandato não seria necessariamente a única consequência jurídica possível da condenação de parlamentar por período superior a 120 dias. Pelo contrário, a ADPF defende que nessa hipótese, a consequência lógica seria a convocação, em caráter de substituição do suplente respectivo. Nesse sentido, essa interpretação evitaria desrespeito à representação política do Estado, e também reforçaria o entendimento de que a perda do mandato apenas pode ser decretada ou declarada nos casos previstos no art. 55, não estendendo artificialmente o alcance dos efeitos da condenação imposta pelo Tribunal.

Em suma, a antecipação de juízo de mérito sobre o exercício de prerrogativa institucional privativa da Casa Legislativa esvaziaria um espaço de autoridade política relevante, algo que o STF considerou inviável. Assim, existiria efetivamente a interferência do Poder

Judiciário no exercício da competência constitucional exclusiva das Casas do Congresso Nacional para decidir a respeito da perda do mandato de Congressista que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

A bem da verdade, o exemplo explorado neste trabalho é um dos vários elementos que escancaram a tensão existente entre os poderes Legislativo e Judiciário contemporaneamente. A interposição do Agravo Regimental na ADPF n. 511 dois dias após a decisão do Supremo no caso de Daniel Silveira, com o presidente da Câmara dos Deputados afirmando que "Dessa atribuição não vamos abrir mão" (Xavier, 2022), fazendo referência à prerrogativa da Câmara e do Senado para decidir quanto à cassação ou não de seus membros que tenham sofrido condenação criminal não deixa dúvidas.

Assim, as decisões examinadas destacam um cenário de desequilíbrio entre poderes, além de evidente ausência de critério definido pela Corte para decidir quanto à cassação de mandatos parlamentares. E em que pese o Supremo Tribunal Federal aja com vistas de reafirmar sua autoridade enquanto intérprete da Constituição e mantenedora das balizas democráticas nela insculpidos, não é possível destacar uma tendência de coerência linear em suas decisões. É neste sentido que Bustamante e Freitas advertem que

> "esses mesmos fatores que têm provocado um fortalecimento e uma expansão exagerada da jurisdição constitucional podem constituir um risco para a autoridade do Supremo Tribunal Federal. A aparentemente incontroversa força da Corte pode converter-se em sua fragilidade, especialmente no tratamento de questões políticas, diante da hiper judicialização da política e da pouca blindagem que seu desenho institucional e suas práticas lhe conferem" (Bustamante e Freitas, 2017, p. 196)

Tal atrito observado, aliado às demais condições políticas que revelam um verdadeiro quadro de fragilidade institucional e democrática, não parece ter uma perspectiva de resolução breve. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não parece emergir uma definição sobre a quem incumbe a "palavra final" sobre a perda de mandato parlamentar decorrente de sentença criminal transitada em julgado. Ao mesmo tempo, são cada vez menos raras as manifestações e atos proferidos pelos próprios parlamentares com o objetivo de descredibilizar o Tribunal e as instituições como um todo.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal enumera as hipóteses de perda de mandato parlamentar em seu artigo 55. A depender da hipótese geradora desta perda, cabe à respectiva Casa Legislativa decidir ou declarar essa consequência. Nesse sentido, em hipótese de perda de mandato parlamentar provocada pela condenação criminal transitada em julgado, o constituinte estabeleceu que se trata de caso de decisão do Poder Legislativo, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso, assegurada a ampla defesa.

O diploma também consigna, em seu artigo 15, que o cidadão que sofrer condenação criminal transitada em julgado terá seus direitos políticos suspensos enquanto durar a punibilidade pelos seus atos. Ademais, a legislação infraconstitucional penal consigna, em seu art. 92, I, a perda de mandato eletivo como efeito secundário da condenação penal.

Diante desse panorama legislativo, o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a promover a interpretação dessas normas em conjunto, ao promover a condenação criminal de parlamentares federais e decidir quanto às consequências desta decisão. A Corte Constitucional, por sua vez, tem jurisprudência oscilante sobre o

tema, ora reconhecendo a competência das Casas Legislativas para fazer esse juízo, ora atribuindo essa prerrogativa para si.

Das três correntes jurisprudenciais identificadas, a primeira delas – que aplica a literalidade do disposto no art. 55 da Constituição Federal – é a mais numerosa, tendo o STF decidido nesse sentido em 7 (sete) ocasiões diferentes. Por sua vez, foram identificados 2 (dois) acórdãos representativos da segunda corrente, que entende que a decisão proferida pelo Poder Judiciário é suficiente para que seja declarada a perda do mandato. Por fim, a terceira corrente jurisprudencial - e também a mais recente -, que entende que a perda do mandato eletivo é automática em caso de fixação de pena em regime fechado, foi aplicada em 4 (quatro) acórdãos distintos.

Em análise ao teor de tais posicionamentos, que muitas vezes são contraditórios entre si, em que pese serem proferidos quase contemporaneamente – como pode se observar dos julgamentos das Ações Penais n. 470 e 565, cujo julgamento ocorreu com poucos meses de diferença entre si, mas das quais obtiveram-se resultados distintos no que diz respeito à manutenção do mandato do parlamentar condenado –, surge verdadeira preocupação com os impactos à manutenção e efetividade do Estado Democrático de Direito. Os embates e disputas travados no que diz respeito à definição quanto a quem é o detentor da "palavra final" no que diz respeito à perda de mandato parlamentar decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, a despeito de disposição constitucional em nome de uma supremacia da interpretação judicial, ao fim e ao cabo, fragilizam todo o sistema proposto de "freios e contrapesos".

Nesse sentido, tendo em vista a crise política e de representatividade observada no país, a reaproximação com o equilíbrio institucional depende de um esforço mútuo em respeitar as competências e prerrogativas atribuídos a cada um dos poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, jan.-mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p71.pdf Acessado em 18 jul. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte 1 - Parte Geral.** 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Livro eletrônico. Acesso em 28 junho. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 481/PA**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Asdrúbal Mendes Bentes. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 08 de setembro de 2011. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2258773 Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 26 junho 2024.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 26 junho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 1.044/DF.** Autor: Ministério Público Federal. Réu: Daniel Lúcio da Silveira. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 20 de abril de 2022. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761505043 Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 694/MT**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Paulo Fernando Feijó Torres.

Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 02 de maio de 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194 Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 935/AM**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Acir Marcos Gurgacz. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747810503 Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 965/SP**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Paulo Pereira da Silva. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 10 de março de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754370793 Acesso em 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 1.025/DF.** Autor: Ministério Público Federal. Réu: Fernando Affonso Collor de Mello. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 29 de maio de 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770952853 Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470/MG**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2012. Ação Penal. Brasília, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648 Acesso em 08 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 563/SP**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Protógenes Pinheiro de Queiroz e outros. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 21 de outubro de 2014. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630120 Acesso em 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 565/RO**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ivo Narciso Cassol e outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 8 de agosto de 2013. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5931475 Acesso em: 10 jul 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 572/RR**. Autor: Ministério Público Eleitoral. Réu: Francisco Vieira Sampaio. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de novembro de 2014. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708263 Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 996/DF.** Autor: Ministério Público Federal. Réu: Nelson Meurer e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 29 de maio de 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749110646 Acesso em: 12 jul 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 511**. Requerente: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5356406 Acesso em 18 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32326/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 02 de setembro de 2013. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4456613 Acesso em 30 jul 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal nº 396/RO**. Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia. Réu: Natan Donadon. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 26 de junho de

2013. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4622946 Acesso em 08 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 179.502-6**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 31 de maio de 1995. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548 Acesso Acesso em: 18 jul. 2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

FREITAS, Graça Maria Borges de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988 Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF. **Cadernos Adenauer XVIII,** nº 1, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Livro eletrônico.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022. Livro eletrônico.

PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal – Parte Geral** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Livro eletrônico.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 117, 15 nov. 2018. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/594/496 Acesso em 02 ago 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro.** 1. ed. 1. reimpr. São Paulo: Edusp, 2021.

VIANA, Ana Cristina Aguilar; GABARDO, Emerson. Crítica à primeira proposta do projeto "dez medidas contra a corrupção": a questão do accountability, p. 291-312. In: PINTO, Amanda Luiza; BERTOTTI, Barbara Mendonça; FERRAZ, Miriam Olivia. (Orgs.). **Reformas Legislativas de um Estado em crise**. Curitiba: Ithala, 2018.

XAVIER, Luis Gustavo, Lira diz que a Câmara não abre mão da prerrogativa de decidir sobre perda de mandato - Notícias, **Portal da Câmara dos Deputados**, disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/868788-lira-diz-que-a-camara-nao-abre-mao-da-prerrogativa-de-decidir-sobre-perda-de-mandato. Acesso em 02 ago 2024.

CONCESSÕES MONOCRÁTICAS DE LIMINARES NO STF EM AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE: ANATOMIA DE UMA INOVAÇÃO PROCESSUAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MONOCRATIC GRANTS OF INJUNCTIONS IN THE SUPREME FEDERAL COURT IN DIRECT ACTIONS OF UNCONSTITUTIONALITY: ANATOMY OF PROCEDURAL INNOVATION IN THE COURT

Talles Neves Silva Bhering[66]

Resumo: Este estudo é uma proposta de pesquisa empírica com o objetivo de entender o processo de inovação no Supremo Tribunal Federal (STF) no recorte específico da concessão monocrática de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Ainda que haja regras restritas para este tipo de decisão, frequentemente existem decisões que extrapolam a legalidade. Para avaliar este procedimento, coletou-se, a partir do sítio institucional de pesquisas do STF, todas as decisões monocráticas entre 11 de novembro de 1999 e 31 de dezembro de 2022 que concederam cautelares em ADI. Avaliou-se as decisões entre não fundamentadas, parcialmente fundamentadas e fundamentadas. Os resultados sugerem que uma em cada dez decisões do gênero não está adequadamente fundamentada e que existem correspondências entre o número de decisões e a crise sanitária de COVID-19, bem como diferenças significativas entre o número de decisões durante os diferentes ciclos de governo do Executivo Federal.

66 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Graduado em Direito pela mesma instituição. Advogado sócio em Bhering, Braga, Maia & Rigueira Advogados. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9333385331268731. Email: talles.bhering123@gmail.com. Master's student in Law at the Federal University of Juiz de Fora. Graduated in Law from the same institution. Partner attorney at Bhering, Braga, Maia & Rigueira Advogados. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9333385331268731. Email: talles.bhering123@gmail.com.

Palavras-chave: STF; ADI; Poder Monocrático; Cautelar Monocrática em ADI.

Abstract: This study is an empirical research proposal aimed at understanding the innovation process in the Federal Supreme Court (STF) specifically focusing on the monocratic granting of injunctions in Direct Actions of Unconstitutionality (ADI). Although there are strict rules for this type of granting, there are often rulings that exceed legal boundaries. To evaluate this procedure, all monocratic decisions between November 11, 1999, and December 31, 2022, that granted injunctions in ADI were collected from the STF's institutional research site. The decisions were categorized as justified, partially justified, and non - justified. The results suggest that one in every ten such grants are not adequately justified and that there are interconnections between the number of grants and the COVID-19 health crisis, as well as significant differences between the number of decisions during the different cycles of the Federal Executive government.

Keywords: Brazilian Supreme Court; ADI; Monocratic Power; Monocratic Precautionary Grants in ADI.

1. INTRODUCTION

In Constitutional States, the ability to *state* the law is closely linked to the idea of hierarchy – after all, it is necessary to establish who holds the ultimate authority to decide and interpret the law. In Brazilian law, as in most Western democracies, the final interpretative authority of the normative order lies upon the highest body of the Judiciary, the Federal Supreme Court (STF).

Since the Supreme Court does not have the capacity to act *ex officio*, it is up to a range of actors to propose a total of 52 types of actions, which vary according to the Court's three competencies: as a court of appeals, as a court of original jurisdiction, and as a constitutional reviewer (Falcão et al, 2011, p. 19). This work will focus on one of

these 52 entry points: the Direct Action of Unconstitutionality (*Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI*). More specifically, it will focus on the normative capacity of monocratic preliminary decisions in this type of action, considering that granting them necessarily implies the temporary suppression of the effectiveness of one law, which in theory has followed the due process of legislation, thus rendering upon itself its legitimacy.

The purpose of this work is to conduct empirical research on decisions of this nature from the promulgation of Law 9.868/99, which regulates ADIs, until December 31, 2022. In this study, the research conducted will be discussed from the perspective of the legal field proposed by Pierre Bourdieu (1930–2002), to help understand the process of *monocratization* through this theoretical lens. In this paper, the term monocratization is used to describe the phenomenon, unheard in several legal systems, of a systematic way of individual decision - making by single justices of the Supreme Court.

More precisely, it is expected that the extensive number of variables collected will allow for different portrayals of the Court's decision-making process, as well as the identification of possible patterns and interrelationships with the decisions produced.

This project was conducted during the research developed in the context of the author's master's degree, in which it seeks to understand, through the analysis of the legal field and its variables, as well as empirical research and content analysis, the innovative process of monocratization in the context of preliminary injunctions in ADIs, as well as to point out possible violations of fundamental guarantees in this context. Additionally, there will be a quantitative and qualitative analysis of the injunction-granting decisions, which may clearly identify the possible repetition of behaviors and patterns of certain Justices, as well as the overall trend of the Court.

The project's justification lies in the need to diagnose the individual influence that a single Justice can have in the concentrated control of constitutionality, as well as to suggest possibilities for legislative or procedural intervention. The project's development,

after data collection and discourse analysis, may broaden the global analytical lens on the role of the Supreme Court in curbing the expansion of a range of rights and guarantees under the argument of the modulation of their effects.

The discussion fundamentally addresses the notions developed by Pierre Bourdieu regarding the legal field, while the notion of innovation is worked on according to the concept brought by the Israeli author Haim Sandberg. The findings are discussed mainly through the perspectives of these two authors.

The theoretical framework used in this research is the concept of the legal *champ* (field) developed by Pierre Bourdieu. The French thinker introduces two essential concepts for understanding the social world: *habitus* and *champ*, tools with which a myriad of different human groups can be discussed. Although he is not primarily a jurist, Bourdieu developed a particular interest in the legal field as a social dynamic, dedicating part of his studies to the judiciary.

The project fundamentally explores the notion of the legal field and the capacity to articulate the Law within Bourdieu's doctrine. Bourdieu teaches that the *champ* is the locus of interaction and power disputes, mediated by self-recognition, among individuals within the *habitus* (Bourdieu, 2010, p. 214). This concept refers to the capacity of individuals to generate practices within a field that distinguishes them from the rest of society, authorizing them, to varying degrees, to interpret reality.

In the legal field, the *habitus* stands out as the accumulation of powers that provide the jurist with symbolic differentiation from other social individuals, often in situations of conflict.

Monocratic grants, particularly precautionary ones, clearly illustrate Bourdieu's concept of the competition for jurisdictional monopoly. In the realm of law, the power of appointment, depending on who is making the appointment, can construct immediate legal truths whose outcomes are immediately felt. Legal truth in a judicial decision can be conceived as the exercise of the system's ability to provide a ready-made answer to a specific problem.

The legal *champ*, like other *champs*, possesses absolute autonomy in legal thought and action – a system oriented from itself to itself, an "effort of the entire body of jurists to construct a body of doctrines and rules completely independent of social constraints and pressures, having its own foundation within itself" (Bourdieu, 2010, p. 209).

In this context, legal practices and discourses are products of the *champ's* operation, determined by a dual logic: i) the specific power relations that structure it; and ii) the internal logic of works that defines what is legally possible – the legal solutions (Bourdieu, 2010, p. 211).

The distinction between those who possess sufficient *habitus* and capital to appoint and those who are laypersons can produce what appears to be a systematic interpretation, but which, at its core, translates into mere authority and strategic argumentation. The challenge to such decisions, when they are empty, necessarily involves contesting the individual who produces them.

On the other hand, the innovation perspective in this study is brought by Sandberg. What could be considered a legal innovation? The author begins the summary of his work "What is Legal Innovation?" with a question: Do innovations in the legal field occur similarly to innovations in other fields? While the law often describes innovations in other areas, does innovation occur within the legal field itself? (Sandberg, 2021, p. 63).

Innovation is described as an extensive process rather than an isolated occurrence. It begins with an idea but also requires time, resources, and additional factors for its implementation. Sandberg argues that legal innovation occurs in the practice of judges, legislators, and lawyers. Next up, the paper discusses the methodology, and the results are brought to debate.

2 METHODOLOGY AND THEORETICAL ASPECTS

This study begins with the following research question: how did the argumentative and the justification process within the STF legally enable monocratic decisions in ADIs, even when it escapes the strict legal framework? At the outset, there are several possible answers to this question, but the empirical framework allows for an approach capable of identifying patterns and repetition models that are not fully achievable through a literature review.

The empirical approach is useful for understanding the power dynamics within the Court itself and their reflections on the work of the Justices. It is expected that it will be possible to quantify and compare the results to corroborate the hypothesis raised in this study.

The following hypothesis is formulated for the research question described above: monocratic precautionary grants in ADI are an expression of individual power whose foundation lies not in argumentation and justification but in the balance of power among the Justices. In other words, the possibility of issuing a monocratic grant in precautionary measures in ADI is supported not by substantive judicial argumentation but by a political power game among the Justices. In simpler words, it would be: if I, as a Justice, want the power to decide this way, I need to authorize the other Justices to do so as well, to maintain my own power.

In this study, this hypothesis was tested by identifying and compiling all such decisions at the chosen time. Various decision variables were isolated and organized to allow for comparison and the production of new knowledge on the topic in its various facets.

The first way to test this hypothesis is to know which Justices historically made use of this type of measure. The second way is to identify when the procedural introduction of the monocratic precautionary decision in the Court occurred and to map the justification of the Justices as they innovated to allow this decision outside the legal framework.

Regarding the methodology, this research is empirical, to tabulate and analyze data related to the monocratic granting of precautionary measures in ADI. The method used is hypothetical – deductive, with data collection from official virtual sources of the STF and data cross-referencing from the Court itself with variables created by the author, justified by their relevance.

Before drafting this paper, an attempt was made to find academic literature that might have sought to tabulate data on the subject of this research, that is, the granting of precautionary measures in ADI. The results found were not satisfactory: there was some literature review, but not reliable and systematic data tabulation.

Among these works, the study by Gilmar Mendes and André Rufino do Vale stands out, particularly due to the academic opinion and the position of Justice, in which they authored a paper in 2012 on the issue. In this work, the authors argue that "monocratic precautionary decisions in direct action, outside of recess and vacation periods, are a rare occurrence in the Supreme Federal Court" (Mendes and Vale, 2011, p. 11). They also cite an exemplary survey of ten cases – none of them authored by the Justice himself.

The STF tabulates its data through a search system, different from traditional case law research. On the Court's website, there is an option to search for procedural statistics, covering decisions of all kinds and orders from January 1, 2000. This is a resource widely publicized as "Open Court," and is part of the STF's efforts to present itself as more transparent and accessible to society.

It is interesting to note that the program was launched with great fanfare: there was an official ceremony on May 11, 2022, broadcast live on the Court's usual communication channels (TV Justiça and the STF's YouTube channel). The creation of this mechanism facilitated the extraction of relevant data for the functioning of the Supreme Court, including the data used in this research.

It is extremely important to highlight that all the variables expressed through the simple search in the Open Court system were verified at least three times by individually consulting each

case. This procedure was taken as a means to correct different data inaccuracies, such as decision dates, authorship of decisions, and even the conformity of decisions to the filters used. The fact is that the feeding of the Open Court system is not automatic or machine-driven, and it relies on a prior step where a court clerk must correctly upload the process information and decision to the cloud. Naturally, human errors can occur, and this author was vigilant to these possible inaccuracies in all the variables considered.

The temporal scope of this research was as broad as possible within the data collection system's possibilities mentioned above. The Open Court system's database contains decisions only from the year 2000 onwards. The author sought the electronic availability of decisions from the promulgation of the 1988 Constitution from the Court's technical staff but was informed that this would not be possible.

Aware of the technical limitations, the temporal scope was selected starting from Law 9.868, of November 10, 1999, which codifies the procedural rite of Direct Actions of Unconstitutionality. There was a time gap of 41 days between the promulgation of the law and the availability of the data.

Given this gap, the following measure was adopted: while monocratic decisions in ADI from 2000 onwards were searched using the filters available in the Open Court system, the possible decisions between November 11, 1999, and December 31, 1999, were manually searched using the case law consultation on the website. This was a regular procedural search with the following filters. In the following sentences, the English translation from Portuguese expressions will be written between parenthesis: in the option "Base" (base), it was selected "Decisões Monocráticas" (monocratic grants), in the option "Data de Julgamento" (judgment date), it was selected the interval between 11/11/1999 and 12/31/1999, and, at last, in the option "Classe" (class), it was selected "ADI".

The search for words included the following expressions: "concedo" (grant) or "defiro" (approve) or "cautelar" (precautionary) or "liminar" (injunction).

Four decisions were found, but none of them were relevant to this research, as they did not involve the granting of monocratic precautionary grants.

As for the search in the Open Court system, the following filters were applied, all of them pre-available for consultation. In the following sentences, the English translation from Portuguese expressions will be written between parenthesis: in the "Classe" (class) option, "ADI" was selected, in the "tipo de decisão" (type of grant)" option, "monocrática" (monocratic) was selected, in the "subgrupo andamento decisão" (decision progress subgroup) option, "decisão liminar" (injunction decision) was selected. In the "andamento decisão" (grant progress) option, a criteria were selected, composed of the following: "Decisão da Presidência - Liminar Deferida" (Presidential Decision - Injunction Granted," "Decisão da Presidência - Liminar Deferida em Parte" "Presidential Decision - Injunction Partially Granted," "Decisão Liminar – Deferida" (Injunction Decision - Granted" "Liminar Deferida" (Injunction Granted), "Liminar Deferida ad referendum" (Injunction Granted ad referendum), "Liminar Deferida em Parte" (Injunction Partially Granted), "Liminar Julgada pelo Presidente – Deferida" (Injunction Decided by the President – Granted), "Liminar parcialmente deferida ad referendum" (Injunction partially granted ad referendum), "Liminar por Despacho – Deferida" (Injunction by Order – Granted), "Liminar por Despacho - Deferida em Parte" (Injunction by Order – Partially Granted). The other existing filters did not express the granting of precautionary measures in ADI, which is why they were ignored.

As for the time frame, it should be noted that the system did not prove efficient in filtering decisions from a specific time interval, so no specific date was selected. This generated a data table, with a base date of 01/01/2000, exported by the system itself in .xlsx format, in which the data could be tabulated in various desired ways in a spreadsheet.

These data were obtained in January 2023, and some results were manually excluded to include only the interval from 01/01/2000 to 12/31/2022.

Moreover, the data on the decision date, produced by the system, were cross-referenced with the search for each process and the verification of the procedural progress, the Electronic Justice Journal (*Diário da Justiça Eletrônico, DJe*), and the placement and reading of the legal opinion in the virtual process. To this study, it is of fundamental importance to understand when the individual decision came into existence since a central debate in the research revolves around verifying whether the granting occurred during the judicial recess period or the regular activity period.

There were Justices – especially Justice Marco Aurélio – who signed the grants with the precision of hours and minutes, even when different from the date provided by the system (progress page or DJe). Thus, given the discrepancies, it was decided in this work to consider the earliest date – whether it is the written decision or the DJe – as the parameter, that is, when the decision would have come into existence.

This author, who practices law as a daily profession, is aware that the publication date is important for procedural purposes, especially for the counting of deadlines. However, the focus here is not on the exact publication date of the decision, but on the date on which the Justice granted the precautionary measure in the records. Finally, Law 35/1979 (the Organic Law of the Judiciary) was used to define which dates would be considered recess periods. As for holidays and recesses not provided for in the aforementioned law, the calendars available on the Court's website, as well as the ordinances and regulations on the suspension of judicial activities for each year, were individually verified.

On the need for individual verification of the cases, it was observed that the Court's system, for reasons unknown here but probably related to the input of data by a clerk, sometimes changed the author of the decision, often swapping them with the acting president. Therefore, a variable was included in the research to track authorship according to the position (rapporteur, presidency, or simultaneous presidency/rapporteur). The real authorship of the decision was also verified by consulting the case files.

The research also added a variable concerning the interval between the monocratic decision and the judgment or final decision. The comparison between the dates of these two decisions (the individual ruling and the consideration of the injunction/final decision) provided an interesting insight into the lifespan of these decisions, a fundamental indicator for understanding the subject of this work.

It is important to emphasize that four possible outcomes are observed: either there is a ruling that confirms or overturns the injunction grant; or there is a final decision on the ADI (Direct Action of Unconstitutionality) due to loss of object; or the injunction has not yet been considered by the panel. As the time frame ends on 31/12/2022, by that date, there were still several decisions pending analysis by the Court's panel.

Finally, each decision highlighted whether the responsible Justice provided legal grounds for deciding monocratically. The decisions were cataloged into three categories: those that provided consistent reasoning, i.e., argued in favor of the measure; those that merely cited legal provisions; and those that were completely silent on this aspect, simply granting the injunction without further explanation.

3 PRESENTING THE DATA

According to the selected criteria and the methodology presented, 274 possible decisions were identified from the STF's website. Of these, one case (ADI 2.752) does not apply to the study because it was erroneously recorded by the STF, as there was no monocratic granting of an injunction, but rather a collegiate one. Additionally, ADI 6.327 was not included because it was converted into an ADPF. Of the total identified, 272 decisions meet the chosen parameters, which are: monocratic decisions that grant precautionary measures in ADI cases, within the time frame between November 11, 1999, and December 31, 2022.

There has been a significant increase in monocratic grants since 2017. Between 2019 and 2022, there were 114 grants, representing 41.91% of the total grants analyzed.

Among these 272 grants, 51 were made by the acting presidency, with only one of them occurring outside of the recess period (ADI 6.028, in a decision dated 09/28/2018, authored by Justice Luiz Fux). ADI 6.294 was the only case analyzed in which the rapporteur and the president were the same person. In this research, it was counted in the group of decisions by the acting presidency. The monocratic decision in this ADI will be counted as a presidential decision on this study, as the decision-maker, Justice Toffoli, signed it as president.

The 50 grants decided by the presidency during the recess period are the only ones that meet the legal requirement established in Article 10, caput, of Law 9,868/1999, and represent 18.38% of the total 272 grants. The grants that do not meet the objective parameter of the mentioned legal framework, within the same cut-off, represent 81.25% and amount to 221 grants. ADI 6.028, already mentioned as the only atypical grant by the presidency outside the recess period, accounts for 0.37% of the total.

According to the selected criteria and within the established time frame, 274 monocratic grants of preliminary injunctions in ADI were identified. One of the questions raised during the research was precisely the evolution of the number of grants over time. There was a clear increase between the first five years and the last five years of approximately 800.00% (17 grants between 1999 and 2003 and 153 grants between 2017 and 2022).

To better visualize whether there is any trend or bias towards a specific period within the time frame, it is useful to group the years. This work opted to group the years according to the presidency of the Executive, assuming there might be some relationship between these grants and the political world. This procedure would help bring the two fields, political and legal, closer together to challenge the hypothetical formulation of this research, namely: historically, within the researched time frame, the monocratic grant of preliminary

injunctions in ADI is a power instrument with a measurable interface between the legal and political fields.

This data should be analyzed with caution, as the first group includes less than two months from the end of 1999 and does not total four years. Furthermore, the period of Dilma's second administration is fragmented, as the four-year term is divided with Michel Temer, who took office after a coup d'état. This grouping is interesting, however, to illustrate the trend of increase and to prompt reflection on possible speculations between the judicial and political spheres, which will be addressed in this text.

During the term of Fernando Henrique Cardoso (FHC 2: 11/NOV/1999 - 2002), from the initial period of interest of the research (November 11, 1999) to the end of the government in 2002, there were 10 monocratic grants. During Lula's first term (LULA 1: 2003 - 2006), from 2003 to 2006, there were 21 monocratic grants. In Lula's second term (LULA 2: 2007 - 2010), from 2007 to 2010, there were 18 grants.

In Dilma Rousseff's first term (DILMA 1: 2011 - 2014), from 2011 to 2014, there were 23 grants. In Dilma Rousseff's second term (DILMA 2: 2015 - 30/AUG/2016), from 2015 to August 30, 2016, there were 24 grants. During Michel Temer's government (TEMER: 31/AUG/2016 - 2017), from August 31, 2016, to 2017, there were 37 grants. During Jair Bolsonaro's term (BOLSONARO: 2018 - 2022), there were 139 grants from 2018 to 2022.

A general trend of increase in such grants is observed, with a marked increase during Bolsonaro's government, which alone accounts for 51.10% of all the grants studied in this research. Delving further into the comparative criterion between terms, it is interesting to compare the average number of grants per term length. The fragmented terms (FHC 2: 11/NOV/1999 - 2002, DILMA 2: 2015 - 30/AUG/2016, and TEMER: 31/AUG/2016 - 2017) were calculated proportionally by fragmenting the years into days and determining the proportion of the fragmented year to the final division.

During the term of Fernando Henrique Cardoso (FHC 2: 11/NOV/1999 - 2002), from the initial cut-off of the research (November

11, 1999) to the end of the government in 2002, the average number of grants was 2.59 per year. During Lula's first term (LULA 1: 2003 - 2006), from 2003 to 2006, the average number of grants was 5.25 per year. In Lula's second term (LULA 2: 2007 - 2010), from 2007 to 2010, the average was 4.5 per year.

It is also noteworthy that the two years with the highest numbers of preliminary grants occurred during the peak of the COVID-19 pandemic, specifically in 2020 and 2021, with 35 and 37 grants, respectively. At the same time, there was a sharp increase in grants between 2019 and 2020 (from 22 to 35 grants, an increase of 59.09%) and a sharp decrease in grants between 2021 and 2022 (from 37 to 20 grants, a decrease of 45.95%).

As a way to complexify this debate, the research attempted to quantify the types of grants that dealt with the COVID-19 pandemic. To segregate the grants that addressed the pandemic, the text of each grant was searched for the words "pandemia" (pandemic) or "COVID" (COVID) or "coronavirus" (coronavirus) or "vírus" (virus) or "saúde" (health).

Among the 18 monocratic grants that discussed pandemic-related matters, only 2 were justified, while 3 provided no justification at all, and 13 merely cited legal provisions. From an authorship perspective, the only 2 justified grants were issued by the president at the time (Minister Dias Toffoli), while the remaining 16 were issued by rapporteurs.

This behavior suggests that, at least regarding the pandemic, the procedural innovation of monocratic grants by the rapporteur had already consolidated by 2020 and was widely used and normalized in addressing the urgent issue of the public health emergency. Other studies on the topic could identify parallels with this behavior. This research, however, is limited to the pattern of innovation in monocratic grants of preliminary injunctions in ADI.

From a temporal perspective, more data can be extracted. Firstly, there are four possible outcomes for the collegial judgment of the matter concerning the preliminary injunction: I) the injunction

becomes moot, where a change in the legal landscape, with the revocation of the law by the legislature, prevents a ruling on the matter; II) no ruling, for cases awaiting judgment; III) the injunction is overturned; IV) the injunction is upheld, in whole or in part.

Based on the data collected, 14.34% of the grants became moot (I), 14.34% remained without a ruling (II), 6.99% overturned the injunction (III), and 64.34% upheld the injunction (IV).

It is particularly noteworthy that, in the judgments that actually took place, considering only the results III and IV, the judgments that upheld the injunctions accounted for 90.21% of the cases, while the Court overturned only 9.79% of the monocratic grants.

Calculating the time between the granting of the preliminary injunction and the final judgment – when this trial had already taken place – each monocratic grant took an average of 593.61 days to be judged, which is approximately one year, seven months, and fourteen days. The average time for monocratic grants still awaiting collegial judgment is 1,244.21 days. The average lifespan of monocratic grants that were later overturned is 408 days.

Of all the grants examined, 24 grants have been pending for more than five years, and 3 grants have been pending for more than ten years: ADI 4598 (4,202 days, from June 30, 2011, without collegial judgment up to the cut-off date of this research, December 31, 2022), ADI 2824 (5,177 days without collegial judgment, from January 16, 2003, to March 20, 2017, with the injunction becoming moot), and, shockingly, ADI 2146 (7,706 days without collegial judgment, from April 6, 2000, to May 12, 2021, with the injunction becoming moot).

Regarding the individual profile of each Minister or Justice of the Court during the researched period, Justices Alexandre de Moraes and Roberto Barroso were each responsible for 45 monocratic grants in ADI, thus being the ones that ventured the most in those kinds of decisions. They were followed by Justice Toffoli (22), Justice Lewandowski (19), Justice Mendes (19), Justice Weber (16), Justice Fux (14), Justice Marco Aurélio (10), Justices Carmén Lúcia, Ilmar Galvão

and Jobim (9 each), Justice Fachin (8), Justice Celso de Mello (7), and the rest with less than 5 grants.

Beyond the strict quantities of decisions, a qualitative analysis was conducted regarding the concern of the judge in justifying the conditions of that decision. This provided insights into how the STF has incorporated the validity of monocratic decisions to the point of no longer considering it relevant to explain the reason for using a procedure not provided by law or the Court's internal rules.

A decision was considered justified if it not only invoked a legal provision but also contextualized the law, rather than merely citing it, regardless of the merits of the decision. Decisions that only cited legal provisions and/or precedents, whatever they may be, are recorded in a separate category. Decisions that lacked any substantiation are those that completely avoided explaining their conditions of existence.

Out of the total grants, 72 were classified as having adequate justification, representing 32.58%. These grants did not merely invoke legal provisions but also provided contextual explanations and fully justified the decisions made. In contrast, 35 decisions, amounting to 15.84% of the total, lacked any form of justification. These decisions completely refrained from explaining the conditions underpinning the measures granted.

Additionally, 114 decisions, constituting 51.58% of the total, cited legal provisions or precedents without offering proper justification. While these decisions referenced relevant legal norms, they failed to contextualize or substantiate the choice of the measure with a substantial argument.

These findings indicate a significant prevalence of decisions that, although citing legal norms, do not provide adequate explanation or contextualization, reflecting a trend towards a reduced depth in the justification of monocratic decisions.

This work has emphasized the task of justification as a logical consequence of constitutional hermeneutics, which mandates the Judiciary not just the power but the duty to justify, as expressed in Article 93, IX of the Constitution. Decisions that merely cite precedents

or legal provisions, without accompanying argumentation and contextualization of the need to apply the source to the specific case, were considered separately. However, it can be concluded that such decisions are not properly justified. Following this reasoning, only 32.58% of the decisions by rapporteurs are well-justified, while the majority, 67.42%, present unsatisfactory or nonexistent justification, at a ratio of 1.00 to 2.07, respectively.

It is necessary to consider that the judgment that allowed for the separation of decisions by their justification involved the introduction of a criterion that, although aimed to be as objective as possible, is influenced by subjective factors. This is because the process of categorizing decisions based on the quality of their text involves an interpretive process that, while logical, can never be purely objective.

The decision to highlight the subjective aspects of these criteria, even if minimal, is an effort by this author to maintain transparency, acknowledging that neutrality is neither intended nor achievable in the production of neutral science. This does not imply a turn to complete subjectivity but rather a duty to present the data in conjunction with the justification within the criteria used to obtain it, with increased attention to those requiring choices made by this researcher.

Justice Alexandre de Moraes was the one who granted the most preliminary injunctions, and in 100.00% of these cases, he did not adequately justify the decisions. This same percentage was observed for Justices Gilmar Mendes, André Mendonça, Sepúlveda Pertence, and Ilmar Galvão, with Justice Rosa Weber (93.75%) and Justice Roberto Barroso (91.11%) close behind.

In absolute terms, Justice Dias Toffoli produced the highest number of well - justified decisions, totaling 8 judgments of this type. However, in relative terms, this only accounted for 33.33% of his total decisions. In terms of percentage, only the group composed of Justices Ayres Britto, Menezes Direito, Ellen Grace, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, and Eros Grau justified 100.00% of their decisions adequately. However, the decisions from this group amount to only 8 out of a total of 221.

As for the matter discussed, the most common area of law was Administrative Law (202 or 74.26% of the grants) and Tax Law (24 or 8.82%), followed by a large group of minor areas.

4 DISCUSSING THE RESULTS UNDER THE THEORETICAL FRAME

The results found can be categorized in various ways. However, certain patterns stand out and deserve attention. Firstly, the issue of the lack of justification should be highlighted as the most serious, given the constitutional importance of providing reasons for decisions in concentrated judicial review.

Atienza, as a prominent critic of the necessity for justification, argues that an argument does not necessarily correspond to the evaluation of a decision or action. It is entirely possible to make a decision without arguing and to make good decisions with poor arguments and vice versa. Decisions can be good or bad from both moral and technical perspectives. The regulative ideal of the Rule of Law would be well-argued decisions (Atienza, 2017, p. 123).

The complete absence of justification reduces the judicial function to its most primitive state of symbolic violence, characterized by the use of authority through the direct exercise of habitus as symbolic capital. This represents a repressive law, in contrast to an autonomous and responsive law as described by Nonet and Selznick (2017).

It was also identified that the overwhelming majority of decisions are endorsed by the plenary, which may suggest a significant trend within the Supreme Federal Court (STF) towards respecting pre-existing monocratic decisions. On one hand, this deference indicates respect, but on the other, it could infer a lack of caution from the Court regarding collective decision-making.

Over 90% of the monocratic decisions studied were ratified by the plenary. This could suggest two things: either a high level of internal cohesion within the STF or a hasty endorsement of individual decisions

by the plenary without proper review. Firstly, regarding the hypothesis of cohesion, although this research did not exhaustively explore the topic, the data indicates that Justices have distinct decision-making styles. Some Justices have 100.00% of their decisions lacking adequate justification (e.g., Alexandre de Moraes with 45, Gilmar Mendes with 14, and André Mendonça and Sepúlveda Pertence with 1 each), while others have a proportion of justified decisions ranging from 50.00% to 25.00%, although these are in the minority.

Based on this research alone, it is not possible to determine which of the two inferences is more appropriate. Thus, a brief review of the literature on the topic is warranted. Klafke and Pretzel (2014), in their empirical study, suggest that there is difficulty in identifying the ratio decidendi in the judgments due to the formatting of the votes. They question whether individualism is also a characteristic present in collegiality.

Felipe Recondo and Luiz Weber (2019) are also categorical in highlighting the individuality within the Court, using the classic expression that the STF is composed of "eleven islands." Other authors point to the fragmentation of the Court, such as Vojvodic et al. (2009), corroborated by Rodriguez (2013). Leite and Brando (2016) discuss this phenomenon in terms of the dispersion of justifications in decision-making, citing the difficulties in extracting the ratio decidendi of the decisions or even the opinion of the Court (Leite & Brando, 2016, p. 141).

Thus, collegiality becomes a formal endorsement of monocratic power and accentuates the distinctive feature of the STF – having strong individual Justices with the Court's opinion following in their wake – a form of extreme individualization within the Supreme Court itself. Diego Werneck and Leandro Ribeiro (2018) even coined the term "ministrocracia" (ministrocracy, in the author's translation) in their study on the political potential of individual decisions within the Supreme Court.

On the other hand, the vast majority of Justices have used – and continue to use –the mechanism of monocratic precautionary

decisions in ADIs, indicating that while there might have been some discomfort with this form of decision-making in 2000, by 2022, such decisions had become routine.

This suggests that the legal innovation of granting monocratic precautionary measures in ADIs underwent a process of years until the Court's members became accustomed to this method of decision-making. There has been an internal accommodation within the Supreme Court, allowing this type of decision not only as an exception but as a rule.

Klafke (2019) provides an interesting clue for this phenomenon, suggesting that the STF's focus on productivity may be a factor. The emphasis on quantifying the quality of the judiciary through robust numbers might lead to a mistaken perception that a quick judicial response to an issue, regardless of the method, is inherently positive.

Additionally, a significant correlation between politics and monocratic decisions was observed within the scope of the research. This could be interpreted as a possible affinity of the Court with the Federal Government at certain times, and a distance at others – potentially even an attempt to assert a political role at certain moments.

Judicialization can be seen as a phenomenon related to the programmatic charter of rights and the expansion of citizenship concepts. Additionally, judicialization may be perceived as a problem, a necessity, or even a political strategy. As a political strategy, what can the research illuminate?

The research has identified significant correlations between the volume of monocratic decisions during the studied period and the prevailing government. Two notable correlations stand out. The first is the dramatic concentration of such decisions during Bolsonaro's administration, where more than half of the precautionary measures were granted within those four years.

The second is the specific influence of decisions related to COVID-19, which alone represented the primary or tangential theme in 18 actions. The increase in such measures during the health crisis

reinforces the impression that the judiciary played a significant role in reviewing public policies on the matter.

The intensity of this friction was so pronounced that the Court had to address the issue multiple times, as evidenced by the multiple press releases during this period.

Analyzing these decisions, which are only quantified and lightly commented on in this study, legal scholar Luis Romão (2022) emphasizes that the Court established an important condition for holding administrators accountable: adherence to criteria based on science (Romão, 2022, p. 115). According to Vieira, Glezer, and Barbosa (2023), the "increasing responsiveness of the STF began to resist the methods employed by Bolsonaro" (Vieira et al, 2023, p. 596).

Moreover, the authors attribute part of this responsiveness to Bolsonaro's erratic, negligent, and denialist behavior concerning the management of the health crisis (Veira et al, 2023, p. 598). This responsiveness, according to the authors, did not occur trivially but carried an increase in the Supreme Court's powers that will need to be monitored in the coming years, along with the Court's cohesion and unity against the threat of the far right.

These results illustrate and corroborate the evident correlation between the legal and political fields, which sometimes overlap. The legal field has never been neutral, despite its claims to neutrality. Politics is present in the timing of decisions, in requests for views, in strategic concessions – and even in press releases. Why would a Constitutional Court issue press releases if not to establish direct communication with the public and thereby send a message to the traditional political class?

Although political action is not the Supreme Court's institutional mission, the growing judicial prominence in the public sphere, as demonstrated by this research, is evident. In a crisis like the pandemic, the Supreme Court assumed responsibility for managing health public policies in the face of the Federal Government's and complete state of anomia.

For example, in the precautionary decision in ADI 6341, Justice Marco Aurélio adopted the understanding, ratified by his colleagues in plenary, that states and municipalities could adopt more restrictive measures than the Union. This represented a significant shift in the Court's jurisprudence, which has largely been ignored by the press and literature.

How will the Supreme Court handle these changes and all these precedents? While, at least theoretically, the material decisions were more guided by science than the attitudes of the federal Executive at the time, nothing prevents the precedents from being used differently in varying contexts.

The results showed the STF's permeability and susceptibility to political debate, which led to a considerable increase in decisions during the Bolsonaro administration. How this relationship will evolve moving forward remains to be observed.

5 CONCLUSION

Regarding the research hypothesis, which questions whether monocratic precautionary decisions in ADIs represent an expression of individual power whose basis lies not in argumentation but in the balance of power among Justices, the data suggests that there is indeed no convincing justification to support the idea that such decisions, in this manner, are constitutional.

Regardless of whether the decision is considered good or bad, relying on a fragile innovation, dependent only on the consensus among the Court's members at the time, creates legal uncertainty and contributes to the weakening of democratic institutions.

If the Constitution and codified provisions clearly indicate the impossibility of monocratic precautionary decisions in ADIs, would new parameters be necessary for controlling this type of judicial activity? As this research shows, the existing tools are either not correctly interpreted or are strategically used to favor the

possibility of such decisions, indicating a legal innovation collectively accommodated by the Justices, yet individually made.

In recent years, contemporaneous with this research, several bills have been proposed to restrict these monocratic decisions. However, as mentioned earlier in this text, the Supreme Court reacted extremely negatively to these suggestions, viewing them as undue interference by other branches of government.

An interesting alternative could be to use an electronic plenary for urgent factual matters, a measure that has already been implemented. However, this solution could bring disadvantages compared to in-person proceedings due to the high simplification of procedures. Urgent factual matters filed during recess, if adequately reasoned, could be analyzed by the Court's President. After recess, the matter should be forwarded to the plenary in the first session.

Regardless of the approach, it is necessary to facilitate the debate for some form of change, which this work aimed to support.

REFERENCES

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. **NOVOS ESTUDOS CEBRAP**. São Paulo: CEBRAP, v. 37, p. 13 - 32, 2018.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**, v. 1. Curitiba: Alteridade, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p.23 - 32, 2012.

BOURDIEU, Pierre. La force du droit. In: **Actes de la recherche en sciences sociales**. Paris: Le Seuil, v. 64, septembre 1986.

BOURDIEU, Pierre. **Para uma sociologia da ciência**. Lisbon: Edições 70, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 14ª ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2010.

CORWIN, Edward S. Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review. **Michigan Law Review**, May, 1914, Vol. 12, No. 7 (May, 1914), p. 538 - 572, 1914. Available on: <https://www.jstor.org/stable/1274986>. Access in January 12 2021.

ENGELMANN, Arthur. **A history of continental civil procedure**. Boston: Little Brown & Co, 1927.

ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

FALCÃO et al. **I relatório supremo em números:** o múltiplo supremo. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

GATTULLI, Gabriela Cavalcante. **Análise da colegialidade no Supremo Tribunal Federal**. Law Masters Thesis presented on Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2021.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. **O executivo vinculado: poderes de emergência durante a pandemia.** SSRN Electronic Journal, 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **REVISTA DIREITO E PRÁXIS**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 1034 - 1069, 2021.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. **REVISTA DIREITO E PRÁXIS**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 652 - 676, jul./set. 2016.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. 1, 1, jan. 2014.

KLAFKE, Guilherme Forma. **Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF**: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. Tese de Doutorado em Direito do Estado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

LEAL, Fernando; BARCELLOS, Ana Paula de; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. **IX Relatório Supremo em Números: a justificação de decisões no Supremo**: extensão das decisões e aplicação de precedentes. 2020.

LEITE, Fabio de Carvalho, BRANDO, Marcelo Santini. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, n. 48 p. 139 a 166 jan/jun, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino. Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, v. 1, n. 1, 2011.

MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria Democrática Atual:** Esboço de Mapeamento. BIB, São Paulo, n° 59, p. 5 - 42, 2005.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip; KAGAN, Robert A. **Law and society in transition**: Toward responsive law. London, Routledge, 2017.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, I edição, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

ROMÃO, Luis Fernando de França. A jurisprudência do STF na pandemia da Covid - 19 e sua repercussão nas políticas públicas em tempo de crise. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 20 - n. 1, p. 107 - 119, 1º sem. 2022.

SANDBERG, Haim. What is Legal Innovation? **University of Illinois Law Review Online**. Chicago, 2021, p. 63 - 74)

VIEIRA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L. P. Supremocracia e infralegalismo autoritário: O comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. **Novos estudos CEBRAP**. São Paulo, v. 41, p. 591–605, 9 jan. 2023.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1. p. 21 - 55, 2009.

PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS PARA O ESTUDO COMPARATIVO DO MONITORAMENTO DE PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL E NA COLÔMBIA

METHODOLOGICAL ASSUMPTIONS FOR THE COMPARATIVE STUDY OF STRUCTURAL PROCESS MONITORING IN BRAZIL AND COLOMBIA

Yago da Costa Nunes dos Santos[67]

Resumo: O principal objetivo do trabalho é questionar a tradicional defesa da importação, para o Brasil, do sistema de monitoramento de processos estruturais desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana. Para tanto, utilizar-se-á dos princípios metodológicos de Direito Comparado descritos por Ran Hirschl, notadamente o "princípio de seleção de casos mais semelhantes". A partir dessa metodologia, serão elencadas as similaridades presentes na realidade político-institucional colombiana e brasileira, assim como a indicação de fatores que diferenciam os contextos dos países em análise. Levanta-se hipótese no sentido de que uma abordagem pautada em metodologia de Direito Constitucional Comparado revelará que o Supremo Tribunal Federal brasileiro não dispõe de condições institucionais para monitorar, de maneira permanente, a execução das demandas estruturais de interesse público que são submetidas à sua apreciação, apesar de ter feito algum esforço nesse sentido. Ao final, a hipótese foi confirmada.

Palavras-chave: Processo Estrutural; Monitoramento; Análise Comparativa.

67 Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito (FBD). Email: yago.cnunes@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0591439781875939.

Abstract: The main objective of this article is to question the traditional defense of the importantion of the structural process monitoring system developed by Columbian Courts into Brazil. To this end, the methodological principles of Comparative Law described by Ran Hirschl shall be utilized, notably the "principle of selection of the more similar cases". Using this methodology, the existing similarities between the institutional and political realities of Columbia and Brazil shall be examined, as well as the underlying factors which differentiate the context of the aforementioned countries. By using a methodology of Compared Constitutional Law, the hypothesis shall establish that the Brazilian Federal Supreme Court does not possess the institutional means to permanently monitor the execution of structural actions pertaining to public interest, notwithstanding the continued efforts to do so. The hypothesis was at last confirmed.

Keywords: Structural Process. Monitoring. Comparative Analysis.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, diversos estudos têm se dedicado à temática dos processos estruturais, com usuais correlações entre esse tipo de demanda na realidade brasileira e em demais países da América do Sul, sobretudo na Colômbia. O enfoque na experiência colombiana certamente se justifica em razão das frequentes menções, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil, ao conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC) enquanto remédio vocacionado à reversão de quadros de inconstitucionalidades sistêmicas e multidimensionais (Pereira; Gonçalves, 2019).

Desde o julgamento da Tutela 025/2004, que apreciou violações sistemáticas de direitos resultantes do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do conflito armado outrora vivenciado na Colômbia, a CCC passou a reter sua jurisdição para monitorar

as condutas estatais vocacionadas à superação do ECI. Assim, desenvolveu-se a atividade de seguimento no âmbito da CCC, que se manifesta a partir de dois mecanismos: as salas e os autos de seguimento. As salas de seguimento, integradas por juízes da própria CCC e por agentes da sociedade civil, estudiosos e outros interessados na matéria, analisam os informes periodicamente apresentados pelas autoridades responsáveis pela implementação das decisões da corte. Já os autos de seguimento, por outro lado, consistem em decisões proferidas pela CCC a partir das informações recebidas das salas, tendo por finalidade explicitar particularidades ou inconsistências no processo de execução da sentença.

Apesar dos esforços doutrinários e jurisprudências que objetivam trazer para o Brasil o protótipo colombiano do monitoramento de processos estruturais, certo é que os estudos de direito comparado não devem dispensar a utilização de técnicas metodológicas específicas. Mostra-se equivocada qualquer tentativa de transplantar institutos, conceitos ou mecanismos jurídicos de um país para outro sem considerar os aspectos culturais inerentes ao contexto no qual eles foram criados e desenvolvidos (Legrand, 2018). Por isso, parece mais adequado falar em migração de institutos ou conceitos do Direito, que se incorporam a novos cenários mediante adaptações ou ajustes, mas sem perder totalmente as suas características originais (Perju, 2012).

Sem pretender imergir nas discussões existentes sobre a possível autonomia do direito comparado e as suas conexões com múltiplas outras áreas, especialmente a sociologia ou a antropologia (Tushnet, 2014), esse trabalho se propõe a fixar algumas bases metodológicas para viabilizar estudos científicos acerca da comparação entre o monitoramento de decisões proferidas em processos estruturais na Colômbia e no Brasil. A questão principal que norteia a investigação é saber se a importação desses procedimentos desenvolvidos pela CCC se mostra compatível com a realidade político-institucional brasileira, especialmente considerando o espectro de atuação o STF.

No desenvolvimento da pesquisa, utilizar-se-á de técnica metodológica sugerida por Ran Hirschl, notadamente o "princípio de seleção de casos mais semelhantes", o qual será explicado na seção seguinte deste texto. Como se verá, a escolha desse princípio metodológico se justifica em razão das similitudes culturais, econômicas, políticas e institucionais da Colômbia em relação ao Brasil, que permitem isolar a atuação e as competências da CCC e do STF como variantes que explicarão a compatibilidade ou não do modelo colombiano de monitoramento de decisões estruturais com a realidade brasileira. Nesse sentido, ao final, será comparada a atuação da CCC e do STF, de modo a compreender a compatibilidade da migração, para o Brasil, do sistema de monitoramento desenvolvido na Colômbia.

2 O CAMINHO METODOLÓGICO ADOTADO: RAN HIRSCHL E OS PRINCÍPIOS DE SELEÇÃO DE CASOS EM ESTUDOS COMPARATIVOS COM PEQUENO NÚMERO DE PAÍSES

Existem muitas técnicas possíveis de serem utilizadas no estudo jurídico comparativo, as quais, normalmente, se sobrepõem (Jackson, 2012). Para esse trabalho, adotar-se-á enquanto marco teórico-metodológico aquele explicitado por Ran Hirschl, que menciona a existência de alguns modos de promover investigações comparativas no âmbito do Direito, que tem princípios específicos a depender da quantidade de países cuja realidade jurídica se pretende cotejar (Hirschl, 2016).

Para as análises envolvendo pequenos espaços amostrais (*Small-N comparative studies*), Hirschl (2016, p. 244-245) indica haver cinco princípios possíveis para a escolha dos casos a serem investigados: (i) o princípio dos casos mais semelhantes; (ii) o princípio dos casos mais diferentes; (iii) o princípio dos casos prototípicos; (iv) o princípio dos casos mais difíceis; e o (v) princípio dos casos atípicos.

Para esse estudo, considerando-se as similitudes existentes entre Brasil e Colômbia, as quais serão exploradas nas seções seguintes, adotar-se-á o princípio dos casos mais semelhantes. Segundo Hirschl (2016, p. 246), esse princípio deve ser empregado nas comparações cujas realidades cotejadas apresentem, tanto quanto possível, idênticos fatores de interesse causal. Nesse sentido, o pesquisador consegue considerar os vários pontos em questão e os isolar em relação a um fator-chave específico (*the key independent variable on the dependent variable*), o qual se distingue de um país para outro e, assim, permite a ocorrência ou não de determinado fenômeno.

O isolamento do fator-chave específico, que é a variável independente em relação às demais, possibilita fazer relações causais entre determinado fenômeno, fato ou norma e uma resultante. Assim, se todos os demais pontos são idênticos nos dois países analisados, a distinção que resulta entre a aplicação ou o desenvolvimento de um instituto ou norma em um e no outro se explica, para Hirschl (2016, p. 246), em função do fator-chave isolado a que ele se refere.

O autor explica seu raciocínio com algumas tabelas bastante elucidativas. Em uma delas, ele elenca quatro possíveis justificativas para a ocorrência de dado fenômeno jurídico, e ainda uma variante isolada cuja manifestação depende da presença dos fatores considerados. Se um dos quatro possíveis fatores estiver presente em certa realidade e ausente em outra, alterando o resultado do fenômeno estudado, tem-se que esse fator é determinante para a verificação ou não da variável dependente (Hirschl, 2016, p. 246):

TABELA 1: Possíveis explicações para a variável dependente "Y"

	Possível explicação I	**Possível explicação II**	**Possível explicação III**	**Possível explicação IV**	**Variável dependente ("Y")**
País A	Presente	Presente	Presente	Presente	Y se verifica
País B	Presente	Presente	Presente	Ausente	Y não se verifica

Fonte: Hirschl (2016, p. 247).

De acordo com a tabela acima, que é uma adaptação do raciocínio trazido por Hirschl (2016, p. 247), caso as possíveis explicações I, II, III e IV estejam presentes no país A, gerando a verificação da variável Y, é a ausência da possível explicação IV que justifica a não verificação da variável "Y" no país B. Disso decorre conclusão no sentido de que a presença da possível explicação IV, provavelmente em conjunto com outros fatores, é necessária para gerar o resultado Y, de modo que dentre as possíveis explicações I, II, III e IV, a última é a mais relevante para a ocorrência de "Y".

Hirschl (2016, p. 247) adverte que nem sempre esse tipo de metodologia deve ser adotado. Como exemplo, ele menciona uma pretensão de se estudar o impacto do controle judicial de constitucionalidade das leis nos direitos civis nos Estados Unidos da América e na China. Segundo o autor, a escolha dessa abordagem metodológica, em caso como esses, faria pouco sentido: existem tantas diferenças entre as instituições políticas, a cultura e o Direito Constitucional desses dois países que isolar uma variável independente para analisar o impacto da *judicial review* no status dos direitos civis e liberdades em cada um dos Estados certamente seria impossível.

Persistindo nos exemplos, Hirschl (2016, p. 247) sustenta ser muito mais produtivo empregar esses princípios metodológicos no estudo de realidades de países como Estados Unidos da América e Reino Unido, dadas as suas semelhanças culturais. É com esse pressuposto que o presente estudo se dedica a investigar o monitoramento de processos estruturais na Colômbia e no Brasil, dois países com muitas semelhanças culturais, políticas, institucionais e até econômicas.

3 ANÁLISE DAS VARIÁVEIS NOS CONTEXTOS DO BRASIL E DA COLÔMBIA

Para a compreensão da compatibilidade ou incompatibilidade da migração do modelo de monitoramento de processos estruturais da CCC para o STF, serão estudados alguns fatores como possíveis explicações

para o bom funcionamento deste procedimento na Colômbia: (i) constitucionalização do direito e força normativa da constituição; (ii) estruturação de um Poder Judiciário independente e responsivo às demandas sociais; (iii) constatação de diversos problemas sociais complexos, como autoritarismo, desigualdades e violência; (iv) forma de Estado unitário, que simplifica a execução de política públicas; e (v) presença de Corte Constitucional com capacidade institucional para monitorar a implementação de suas decisões estruturais.

Os itens a seguir se dedicam a essa análise, a fim de demonstrar se cada uma dessas possíveis explicações se verifica no cenário brasileiro para, então, debater se é adequada a importação do modelo de monitoramento de decisões estruturais da CCC para o STF.

3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DAS CONSTITUIÇÕES

A partir da década de 1990, a Colômbia – tal como o Brasil (Barroso, 2006) – passou a experimentar o fenômeno da constitucionalização do seu ordenamento jurídico (Flórez, 2009, p. 66), que se apresentou enquanto contraponto ao formalismo excessivo predominante até a edição do texto constitucional vigente (Manrique, 2014, p. 328).

De modo geral, pode-se dizer que a Constituição Federal brasileira de 1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991 têm algumas características típicas dos textos constitucionais editados no contexto do que se convencionou chamar de novo constitucionalismo latino-americano: são constituições extensas e que reconhecem amplo rol de direitos e garantias fundamentais, mas, ao mesmo tempo, mantêm a concentração do poder estatal e positivam uma série de privilégios e políticas públicas de caráter regressivo (Gargarella, 2015, p. 171-172). Ao lado disso, a ambas as constituições se reconhece força normativa, superioridade hierárquica em relação às normas infraconstitucionais e a existência de órgãos estatais vocacionados à garantia de sua efetividade (Suárez-Manrique, 2014).

Todavia, do ponto de vista da intepretação constitucional, a CCC desempenhou papel relativamente diferente do STF nos primeiros anos subsequentes à promulgação das atuais constituições dos respectivos países. O STF brasileiro, amesquinhado durante o regime militar (Recondo, 2018), precisou de alguns anos para deixar de ser "um outro desconhecido" (Baleeiro, 1968), tendo, inclusive, desenvolvido forte jurisprudência defensiva (Vieira, 2018, p. 180) na quadra histórica imediatamente posterior à redemocratização do país (Ferreira; Fernandes, 2013, p. 34).

A postura altamente deferente do STF somente se transformaria nas décadas seguintes, sobretudo após o que se denominou doutrinariamente de "Corte Gilmar" (Ferreira; Fernandes, 2013, p. 24), quando o órgão de cúpula do Poder Judiciário do Brasil passou a influenciar diretamente as decisões políticas nacionais e, por conseguinte, assumiu relevante papel nos diálogos travados com os demais Poderes da República.

Já a CCC, criada pela Constituição de 1991, desde os primórdios funcionou enquanto vetor de trocas e mudanças sociais, com a consequente ampliação permanente do conteúdo normativo do texto constitucional (Manrique, 2014, p. 331). Por isso, tem-se dito que aquela Corte Constitucional sempre promoveu intercâmbios e ingerências na dinâmica política, inclusive mediante a escolha de prioridades e de estratégias governamentais em diversos âmbitos, como o dos direitos sociais e o da proteção individual e coletiva (Restrepo, 2014, p. 44).

Nesse sentido, a CCC não apenas funciona enquanto fator motriz para a emancipação social (Uprimny; García-Villegas, 2002, p. 297-339) como igualmente tenta estabelecer o equilíbrio entre os Poderes (Arango, 2019, p. 102), assumindo papel estratégico nos diálogos institucionais, em especial diante da constante expansão das suas atividades (Cepeda-Espinosa, 2004, p. 153).

Como destaca Rodrigo Uprimny Yepes (2007, p. 54), a politização da justiça e a judicialização da política na Colômbia possui relevo mais alto quando comparado à generalidade dos demais países. Segundo ele, o Estado colombiano conheceu diversas formas importantes de

interferências ou intercruzamentos entre a política e o Direito nas últimas décadas, mas talvez os mais significativos sejam a luta contra a corrupção política; o controle dos excessos governamentais; a proteção de grupos minoritários; a tutela de populações estigmatizadas ou em situação de fragilidade manifesta; e a gestão da política econômica em função da proteção judicial de direitos sociais.

Para além desses intercâmbios inerentes à constitucionalização do direito na Colômbia, que tem como consequência a coparticipação do Judiciário enquanto formulador de políticas públicas (Da Cunha Jr., 2016, p. 153-154), a Corte Constitucional tem promovido diálogos institucionais ainda mais profícuos com os demais poderes, como ocorre quando se declara a existência de Estado de Coisas Inconstitucional (Cesar; Franco, 2010).

Atualmente, constata-se efetiva constitucionalização do Direito tanto no Brasil quanto na Colômbia, uma vez que o ordenamento jurídico infraconstitucional é interpretado à luz da Constituição (Arguelhes, 2023), cuja força normativa se projeta (Manrique, 2014), inclusive, no âmbito das relações privadas (Da Silva, 2005).

3.2 PODER JUDICIÁRIO INDEPENDENTE E RESPONSIVO ÀS DEMANDAS DE ELEVADA CARGA POLÍTICA

Em tese sobre a independência das cortes constitucionais, Guilherme Jardim Duarte (2017, p. 100-103) concluiu que o STF "nunca teve o prestígio que tem hoje em dia e também nunca se encontrou tão independente". Assim, embora reconheça certo incremento dos ataques ao STF após o julgamento do Mensalão, o autor considera que as garantias de independência do Poder Judiciário foram suficientes para assegurar a autonomia e a independência do seu órgão de cúpula.

Do mesmo modo, ao analisar a CCC, Duarte (2017, p. 135) afirma que o Poder Judiciário da Colômbia sempre possuiu um nível elevado de independência em comparação a outros países. Segundo ele, isso se deve a alguns fatores, dentre os quais destaca: a fragmentação política

que se elevou desde 1958, dificultando ataques coordenados à Corte Constitucional; a existência de mecanismos constitucionais e legais de insulação da Corte Constitucional; e a ampliação das competências do Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade. Ao lado desses fatores, o autor ainda argumenta que dois fatores "fora da legislação e da Constituição" parecem ser consideravelmente importantes à independência da CCC: o apoio popular, ladeado da fragmentação partidária e da competição política (Duarte, 2017, p. 138).

No mesmo ano de defesa da referida tese, Fabiano Engelmann e Júlia Veiga Vieira Mâncio Bandeira (2017, p. 192) publicaram artigo no qual estudaram a construção da autonomia do Poder Judiciário na Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. Ao mencionarem o Brasil, os autores atentam para a peculiaridade de que o Poder Judiciário esteve, historicamente, vinculado ao poder político, sendo diversas vezes exercido pelas mesmas pessoas. Porém, eles também pontuam que, com a Constituição Federal de 1988, o Judiciário brasileiro adquiriu significativa independência e capacidade para enfrentar as demais esferas de poder do país.

Por outro lado, ao tratarem do caso colombiano, Engelmann e Bandeira (2017, p. 192) afirmam que, apesar de ter ingressado em alguns embates e crises com os demais poderes, a Corte Constitucional "tem mantido algum protagonismo, principalmente pelos processos de desmobilização dos paramilitares e das guerrilhas". A verdade é que, assim como o STF do Brasil, a CCC também enfrenta constantes resistências políticas às suas decisões, principalmente quando elas tocam em desacordos morais razoáveis (Santos; Dias; Barreiros Neto, p. 2020).

O contexto de erosão democrática por que passam algumas democracias ocidentais (Levitsky; Ziblatt, 2022) também foi notado no Brasil, sobretudo após as eleições de 2018, quando Jair Bolsonaro chegou à presidência com plataforma política conservadora nos costumes e anunciadamente neoliberal na economia. Ao fim do seu governo, marcado por um conjunto de práticas antiliberais e

autoritárias (Meyer, 2022), a democracia brasileira ainda assistiu a um violento ataque à sede dos três Poderes da República, mas especialmente ao STF, cujo plenário e gabinetes de alguns ministros foram absolutamente depredados (Cademartori; Cademartori; Barreto, 2023).

Se, por um lado, a invasão ao STF significou possível tentativa de subverter a ordem constitucional vigente mediante o amesquinhamento do Poder Judiciário, por outro se deu em virtude da postura altiva de um tribunal que, em defesa da democracia, resistiu aos ataques que lhes foram direcionados nos anos anteriores (Vieira, 2023). Nesse sentido, pode-se dizer que o STF foi atacado, dentre outras razões, porque, apesar das ameaças autoritárias de que foi vítima, não se permitiu ser empacotado, mantendo importante atuação institucional para conter os excessos dos outros Poderes.

Tais atentados contra o STF e seus ministros de maneira individualizada resultou por unir a corte outrora desagregada por embates internos (Recondo, 2023), assim como fomentou postura menos ministrocrática (Arguelhes, 2018) e mais colegiada, ainda que determinados integrantes do tribunal atuem de modo estratégico para aglutinar o colegiado ao redor de sua opinião manifestada em votos ou – patologicamente – até fora dos autos (Arguelhes, 2023, p. 201-240).

Fato é que, a despeito desses ataques, o STF resistiu às tentativas de golpe e segue responsivo a algumas demandas sociais relevantes, com decisões recentes em casos com elevada carga política. O primeiro caso julgado no plenário físico do tribunal após a posse do Ministro Luís Roberto Barroso enquanto Presidente da Corte é emblemático nesse sentido: tratou-se do mérito da ADPF nº 347, na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pedia o reconhecimento da situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais do sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências no tratamento da questão prisional. No julgamento, o STF confirmou as medidas cautelares anteriormente deferidas; proclamou a existência de ECI no sistema carcerário do Brasil; e determinou a elaboração de planos nacional, estaduais e distrital para a superação do cenário

de inconstitucionalidades verificado nos presídios do país, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação. De acordo com a decisão, o monitoramento da execução dos referidos planos deverá ser feito pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, órgão vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, sem prejuízo da supervisão do próprio STF.

Bem assim, a título ilustrativo, pode-se mencionar a recente decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 659.376, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, na qual o STF decidiu que a Constituição Federal assegura a utilização de roupas e acessórios relacionados a crença ou religião nas fotos de documentos oficiais, desde que não impeçam a adequada identificação da pessoa. E, ainda, a conclusão a que chegou o STF no Habeas Corpus nº 208240, quando se decidiu que a abordagem policial e a busca pessoal motivadas por raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física são ilegais. Essas decisões mostram que, apesar de considerável e relevante a crítica atinente ao predomínio de interesses corporativos na pauta do STF (Santos, 2021, p. 99-108), a corte segue responsiva a importantes questões de elevada carga política.

Da mesma forma, na Colômbia, a CCC tem enfrentado diversos temas de expressiva carga política, a exemplo da descriminalização do aborto até a 24ª semana de gestação, da autorização da mudança de nome por pessoas trans (Villegas; Estrada, 2024), e da impossibilidade de um plebiscito para ouvir a população a respeito da autorização de um terceiro mandato para o Presidente da República.

Em razão disso, tem-se afirmado que na Colômbia e no Brasil, a CCC e o STF, respectivamente, têm utilizado instrumentos jurisprudenciais e doutrinários associados com a igualdade substancial para combater a exclusão, a marginalização e a discriminação em diferentes áreas, como no mercado de trabalho, na família e na educação (Gimenéz, 2024, p. 16).

3.3 PRESENÇA DE PROBLEMAS SOCIAIS COMPLEXOS: AUTORITARISMO, DESIGUALDADES E VIOLÊNCIA

A partir de dados empíricos, é possível afirmar haver alguma correlação entre a promulgação de constituições democráticas no contexto do constitucionalismo latino-americano e a melhoria nas condições de vida dos cidadãos, com o fortalecimento do autorreconhecimento coletivo e a integração de grupos minoritários historicamente excluídos (Dalmau, 2018).

Contudo, tanto o Brasil quanto a Colômbia ainda vivem contextos sociais complexos, marcados por problemas como corrupção, violência, desigualdade e autoritarismo. Ao escrever sobre a sociedade colombiana, Alexander Cotte Poveda (2006) afirma existirem nexos perversos entre o tráfico de drogas, os grupos paramilitares à margem da lei, a pobreza e o persistente conflito armado que se vive no país. Nessa linha, ele enfatiza que uma das causas da criminalidade e da violência é o elevado grau de concentração de riqueza.

De modo semelhante, Amylkar Medina constata que, na Colômbia, a desigualdade se manifesta em todas as ordens da vida nacional, como consequência de um enfoque histórico de políticas públicas. Assim, para o autor, os baixos níveis de integração e crescimento econômico regionais inerentes ao atraso na infraestrutura de transportes permitem compreender a recorrente centralização do poder público, que privilegia o desenvolvimento de umas regiões em detrimento de outras. Como consequência, apesar de os índices de produção crescerem, as taxas de desemprego e a informalidade no mercado de trabalho também se apresentam crescentes. Tudo isso somado ao problema do deslocamento forçado, gera ainda mais desigualdade e pobreza (Medina, 2013).

No Brasil, apesar de alguns avanços impulsionados pela Constituição Federal de 1988 (De Carvalho, 2021), persistem diversas práticas sociais e institucionais autoritárias e intolerantes (Schwarcz, 2019), como o racismo estrutural (Almeida, 2020), o machismo (Arguelhes et. all, 2024), a LGBTQIAPN+ fobia, a corrupção, e diversos

conflitos interétnicos. Alguns desses aspectos são realçados em texto de Daniel Sarmento (2018), no qual ele se propõe a analisar o conteúdo jurídico do republicanismo, assim como a conjuntura brasileira a partir do princípio republicano. No texto, o autor afirma ter vicejado, no país, o patrimonialismo; a "lógica da cordialidade" enquanto dificuldade em orientar comportamentos por normais impessoais de conduta, com tendência à priorização das relações pessoais e afetivas em detrimento das razões objetivas, inclusive no trato da coisa pública; o "jeitinho", correspondente à patológica propensão ao excesso de flexibilidade na aplicação de normas jurídicas; e a desigualdade.

Esses quadros sociais complexos costumam gerar múltiplos conflitos distributivos, assim como a judicialização dos direitos sociais e à busca estratégica do Poder Judiciário enquanto última trincheira para a efetivação ou até o reconhecimento de direitos no Brasil e na Colômbia.

3.4 DIFERENÇAS QUANTO À FORMA DE ESTADO E O IMPACTO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DE DECISÕES ESTRUTURAIS

Apesar de existirem várias semelhanças culturais, políticas e jurídicas entre o Brasil e a Colômbia, distinções significativas marcam o desenho institucional dos dois países. Uma primeira distinção que se apresenta importante é aquela relativa à própria forma de Estado: o Brasil é uma federação; a Colômbia é um país unitário.

O receio de regressar ao domínio espanhol nos primeiros anos após a independência fez com que a Colômbia se organizasse enquanto Estado unitário centralizado, capaz de fazer frente a uma eventual tentativa de reconquista pelo rei (Gil, 2014, p. 110). Mas, uma vez fundada a República colombiana, as instituições passaram a se mostrar extremamente instáveis, o que resultou na sucessiva edição de nove constituições, sendo a mais recente de 1991 (Gil, 2014, p. 111).

O atual texto constitucional colombiano, em seu artigo 115, dispõe que "o Governo nacional é formado pelo Presidente da República, os ministros de despacho e os diretores dos departamentos administrativos. O Presidente e o ministro ou diretor de departamento correspondentes, em cada negócio particular, constituem o governo".

Já o Brasil, inicialmente constituído enquanto Estado unitário, transformou-se em federação ao mesmo tempo em que se tornou uma República (Da Silva, 2021, p. 535). A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, positivou, em seu primeiro dispositivo, que "a Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil".

Em um primeiro momento, os estudiosos não parecem ter levado em consideração, com acuidade, as diversas repercussões práticas que a adoção de uma forma de Estado unitária ou federal projetam sobre a resolução processual de problemas estruturais. Por um lado, estudos apontam para uma tendência de maior efetividade de políticas públicas em Estados unitários quando comparados a federações. Segundo Márcia Miranda Soares e José Ângelo Machado (2018, p. 55-64), quanto maior for a centralização jurisdicional ou legislativa, consistente na capacidade de o governo central editar normas que afetam interesses subnacionais, mais favorável se mostra a formulação e a implementação de políticas públicas nacionais.

Ao lado disso, os referidos autores afirmam que a forma como se organizam e se relacionam os partidos políticos nos níveis nacional e subnacional caracteriza o federalismo partidário, que pode ser mais ou menos centralizado. Esse dado, tanto isolado quanto associado à existência de uma Corte Suprema com poder para arbitrar conflitos federativos verticais e horizontais, afeta decisivamente a relação entre os federalismos e as políticas públicas.

Outro fator destacado por Soares e Machado (2018) é a existência de um federalismo fiscal, compreendido, de forma ampla, como o modo de distribuir receitas e gastos públicos entre o ente nacional e os

entes subnacionais de governo em uma federação. Tal dimensão teria diversos efeitos importantes para as políticas públicas, principalmente no que diz respeito àquelas cujas ofertas se proponha universal e equânime em todo o território nacional, como muitas vezes ocorre com políticas sociais.

É bem verdade que, como os próprios autores chegam a mencionar no texto, o grau de eficácia das políticas públicas no âmbito das federações também tem a ver com fatores relacionados às suas características: importa se é um federalismo clássico ou cooperativo, por exemplo (Soares; Machado, 2018, p. 59).

Há relevantes repercussões práticas decorrentes do tipo de federalismo adotado. O federalismo dual ou clássico – caracterizado por certa rivalidade e competição entre os entes federados (De Araujo, 2022, p. 77) – pode dificultar a implementação conjuntural de políticas públicas de interesse nacional, com elevadas variações nos índices de efetividade de um Estado em relação ao outro (Fonteles, 2019, p. 67-72; Bernstein, 1963; Bell Jr., 1980; Rodrigues, 1958; Goodman, 1984). Já no âmbito do federalismo cooperativo, nota-se tendência a maior articulação nacional em prol da implementação de políticas públicas, cuja efetividade – apesar de dependente de múltiplos fatores – tem propensão a se verificar de maneira menos desigual nos diversos entes federados. Isso porque, dentre outras razões, a intercomunicação entre células de poder é marca característica desse tipo de federalismo (De Araújo, 2022, p. 80), o que reforça as possibilidades para atuação conjunta em prol da reversão de quadros de desconformidades estruturais.

Segundo Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (2022, p. 82-83), uma versão mais acentuada do federalismo cooperativo seria o modelo de federalismo solidário. Nesse cenário, as possibilidades de ação dos entes públicos não são determinadas, apenas, por definições de competências exclusivas e privativas (tal como no federalismo dual) e nem pela distribuição de competências concorrentes ou comuns (tal como no federalismo cooperativo). O princípio da solidariedade, aplicado ao federalismo, implica possibilidade da ação de um ente

federado em pleno benefício de outro. Há, nesse sentido, uma sobreposição no exercício de competências, não apenas em benefício do próprio ente que atua, mas principalmente em prol de outros entes federados. Para Labanca, a principal marca diferenciadora entre a cooperação e a solidariedade é a ação em prol de outro.

No particular, o autor destaca dois tipos de expressão da solidariedade. Segundo ele, a solidariedade pode ser interna ou externa. No primeiro caso, há ação de um ente em benefício de outro, como pode acontecer em casos de doações ou envio de servidores públicos para atuarem após desastres naturais que afetem um ente específico. No segundo caso, há atuação de um ente para efetivar direitos de cidadãos que vivem em outro, a fim de assegurar, por exemplo, tratamentos de saúde (De Araújo, 2022, p. 83-84).

O Brasil tem modelo de federalismo cooperativo, mas com algumas manifestações de características típicas do federalismo solidário. Assim, no Estado brasileiro, a articulação e a implementação de políticas públicas voltadas à reversão de desconformidades sistêmicas tendem a ser mais complexas do que na Colômbia, porque envolvem múltiplos níveis de governos e diversas instituições e instâncias de controle que nem sempre atuam de maneira coesa (Sundfield, 2019, p. 269-281). Por isso, parece inadequada eventual tentativa de transplantar, sem adaptações, o modelo de execução e monitoramento da execução de decisões estruturais da Colômbia para o Brasil.

3.5 AS COMPETÊNCIAS E O FUNCIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

A CCC é composta por nove magistrados, um dos quais exerce a função de Presidente e outro de vice-presidente. O órgão mais elevado de sua estrutura administrativa é a Sala Plena, à qual estão vinculados todos os magistrados, inclusive a Presidência, e abaixo da

qual se encontram as cinco salas de seguimento atualmente existentes (Colombia, 2024, p. da internet).

As salas de seguimento foram criadas com a finalidade de monitorar a execução de decisões estruturais proferidas pela CCC (Cesar; Franco, 2010, p. 84-90). As sentenças exaradas em processos de natureza estrutural têm natureza dialógica e não unidirecional, de modo que seu acompanhamento demanda o contínuo diálogo institucional para aferir a maior ou menor efetividade das políticas públicas implementadas na reversão do quadro de desconformidade sistêmica proclamado pela Corte.

Assim, a retenção da jurisdição da CCC sobre os atos de cumprimento da decisão que proclama, por exemplo, a existência de ECI, tem a ver com a própria mudança de postura daquele órgão, que desde o início dos anos 2000 vem intervindo, com frequência, em questões complexas que envolvem massivas violações de direitos (Patiño, 2011, p. 154).

De acordo com Néstor Osuna Patiño (2011, p. 158), a atividade de seguimento se desenvolve a partir de dois mecanismos: as salas e os autos de seguimento. As salas de seguimento, que são integradas por membros da Corte Constitucional e por agentes da sociedade civil, estudiosos e outros interessados na matéria, analisam os informes periodicamente apresentados pelas autoridades responsáveis pela implementação das decisões da Corte. Já os autos de seguimento, por outro lado, consistem em decisões proferidas pela Corte Constitucional a partir das informações recebidas das salas, tendo por finalidade explicitar particularidades ou inconsistências no processo de execução da sentença.

Atualmente, existem cinco salas de seguimento na Corte, as quais têm funcionamento permanente. A primeira delas é a Sala Especial de Seguimento à sentença T-025/2004, acima mencionada, e que ainda monitora o desenvolvimento e a implementação das políticas públicas necessárias à proteção da população em condição de deslocamento forçado. Integram essa sala três magistrados da corte: Diana Fajardo Rivera, Hernán Correa e Natalia Ángel Cabo, que a preside.

Há também a Sala Especial de Seguimento à Sentença T-760/2008, que diz respeito ao sistema geral de saúde da Colômbia. Essa sala tem os seguintes magistrados como integrantes: José Fernando Reyes Cuartas, que atua como presidente, Paola Andrea Meneses Mosquera y Alejandro Linares Cantillo.

Após o julgamento da T-302/2017, que visava proteger os direitos fundamentais à saúde, à água e à alimentação das crianças do povo Wayuu do Departamento de Guajira, a Corte igualmente estruturou uma sala de seguimento. Essa sala é atualmente presidida por José Fernando Reyes Cuartas, que atua junto com os julgadores Alejandro Linares Cantillo e Antonio José Lizarazo Ocampo.

Há, igualmente, a Sala Especial de Seguimento da Sentença SU-020/2022, que trata do sistema de seguridade dos ex-combatentes. Quem a preside é a magistrada Cristina Pardo Schlesinger, e os julgadores Jorge Enrique Ibáñez Najar e Antonio José Lizarazo Ocampo também a integram.

E, além dessas, ainda funciona a Sala Especial de Seguimento às sentenças T-388/2013, T-762/2015 e SU-122/2022, referentes ao sistema carcerário e penitenciário da Colômbia. Essa sala é integrada pelos magistrados Paola Andrea Meneses Mosquera, Diana Fajardo Rivera e Jorge Enrique Ibáñez Najar, sendo este último o seu presidente.

Como se observa, as salas de seguimento têm funcionamento contínuo e contam com a participação constante dos próprios membros da Corte. Porém, nota-se que, diferentemente do Brasil (Vieira, 2018, p. 166-169), a Colômbia possui com uma Corte Constitucional propriamente dita, estruturada para realizar jurisdição constitucional mediante o aferimento da compatibilidade ou não das leis, dos atos e até dos tratados internacionais com as normas da Constituição[68]. Esse órgão não integra a jurisdição ordinária, cujo tribunal de cúpula é a Corte Suprema de Justiça; e nem a jurisdição contenciosa administrativa, exercida pelo Conselho de Estado (Santos, 2023, p. 103-140).

68 As competências da Corte Constitucional da Colômbia estão elencadas no art. 241 da Constituição Política da República da Colômbia, de 1991.

O fato de a CCC possuir competências relativamente restritas e certa discricionariedade no que pretende julgar lhe permitiu investir energia na estruturação de mecanismos inovadores para acompanhar a execução dos processos estruturais submetidos à sua jurisdição.

No Brasil, por outro lado, o STF possui onze ministros. Todos os ministros integram o plenário da Corte e, além disso, há duas turmas julgadoras, cada uma com cinco membros, já que o Presidente do STF delas não participa. Suas competências, definidas pela Constituição Federal, são bastante vastas e normalmente classificadas em três categorias: o STF atua enquanto Corte Constitucional ao realizar o controle de constitucionalidade em abstrato de normas e atos administrativos; atua como tribunal recursal ao julgar, em última instância, os recursos interpostos contra decisões dos demais tribunais do país; e exerce as funções de juízo criminal de primeira instância no julgamento de determinadas autoridades que têm foro no STF em razão do cargo que ocupam.

Com o objetivo de acompanhar a elaboração e a implementação dos planos estruturais, o STF criou o Núcleo de Processos Estruturais Complexos (NUPEC), que integra a Assessoria de Apoio à Jurisdição (AAJ), com supervisão da Presidência. O NUPEC visa apoiar os relatores e seus gabinetes, por meio da elaboração de pareceres sobre repercussão social e econômica, emissão de notas técnicas, participação em reuniões de mediação, composição das Salas de Monitoramento (inspiradas nas "Salas de Seguimento", criadas pela CCC), e auxílio na construção de indicadores para monitoramento, avaliação e efetividade das medidas (Brasil, 2024, p. da internet).

O NUPEC é composto por especialistas na área de políticas públicas e, atualmente, está responsável pelo acompanhamento de dez processos (ADPFs 347, 635, 709, 743, 746, 760, 857 e 991, Reclamação 68.709 e Suspensão de Liminar nº 1.696) em trâmite no STF. Segundo o último relatório atualizado, o núcleo contribuiu com vinte e três notas técnicas, vinte e duas decisões estruturais/complexas e trinta e seis audiências e reuniões técnicas (Brasil, 2024, p. da internet).

Ademais, para lidar com a complexidade, os obstáculos e a diversidade de interesses envolvidos nos processos estruturais, o STF estruturou o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (CESAL/STF), criado pela Resolução nº 790, de 22 de dezembro de 2022 (Brasil, 2022, p. da internet). O CESAL/STF é integrado pelos Centro de Mediação e Conciliação (CMC/STF), Centro de Cooperação Judiciária (CCJ/STF) e Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC/STF).

O CESAL/STF é coordenado por juiz auxiliar designado pela Presidência do STF e sob sua supervisão, com servidores e juízes indicados pelos Ministros para atuarem nos processos de suas relatorias encaminhados ao Centro. O seu objetivo é auxiliar a resolução de demandas estruturais e litígios complexos no âmbito do STF (Brasil, 2022, p. da internet), por meio da identificação pormenorizada do problema estrutural, com indicação específica das medidas necessárias para seu enfrentamento, metas e prazos para cumprimento.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou fixar algumas balizas metodológicas para os estudos que se propõem analisar comparativamente o monitoramento de processos estruturais na CCC e no STF. Para tanto, utilizou-se da abordagem sugerida por Ran Hirschl, com a adoção do "princípio dos casos mais semelhantes", dadas as similitudes entre as realidades políticas, culturais e institucionais do Brasil e da Colômbia.

No estudo, foram levadas em consideração algumas possíveis justificativas para os aparentes êxitos do sistema de monitoramento de decisões estruturais delineado na CCC: (i) constitucionalização do direito e força normativa da constituição colombiana; (ii) estruturação de um Poder Judiciário independente e responsivo às demandas sociais; (iii) constatação de diversos problemas sociais complexos, como autoritarismo, desigualdades e violência, os quais resultam em

litígios a serem resolvidos pela CCC; (iv) forma de Estado unitário, que simplifica a execução de política públicas; e (v) presença de Corte Constitucional com capacidade institucional para monitorar a implementação de suas decisões estruturais.

Feito o cotejo entre a experiência da Colômbia e do Brasil no que diz respeito a cada um desses fatores, notou-se que o Direito brasileiro também apresenta, como características, a constitucionalização do ordenamento jurídico, a força normativa da Constituição, a existência de Poder Judiciário independente e responsivo às questões sociais de larga complexidade. Porém, diferentemente da Colômbia, o Brasil é um Estado Federal, com múltiplos níveis de governo e várias instâncias de controle, o que pode dificultar a execução de políticas públicas e o seu efetivo monitoramento, inclusive no tocante àquelas que resultam de decisões judiciais.

Bem assim, de modo distinto quando comparado à CCC, o STF não tem total discricionariedade em relação às matérias que serão submetidas ao seu julgamento. Ainda que haja um certo controle da pauta pela Presidência ou pelos integrantes do tribunal em geral, o Direito brasileiro veda o *non liquet*, de maneira que não pode o STF escolher quais casos decidirá, arquivando os demais em definitivo.

Soma-se a isso o amplo rol de competências do STF, que atua como corte constitucional, como tribunal recursal e ainda como juízo de primeira instância no julgamento de certas autoridades. Com isso, embora existam iniciativas no âmbito do STF vocacionadas a aprimorar o monitoramento de decisões estruturais, mostra-se institucionalmente inviável que a corte promova o acompanhamento dos acórdãos que exara nesse tipo de demanda sem o auxílio técnico de outros órgãos, inclusive estranhos à esfera do Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.

ARANGO RESTREPO, Ana Catalina. Mutaciones del presidencialismo. La transformación del poder presidencial en Colombia (1974-2018). **Estudios constitucionales**, v. 17, n. 2, p. 91-120, 2019.

ARGUELHES, Diego W.; LIMA, Rafael B de. Brazil: from restraint to preemption? In: KLATT, Matthias (ed.). **Constitutionally Conforming Interpretation** – Comparative Perspectives. Volume I: National Reports. New York: Bloomsbury Publishing, p. 226-245, 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck et al. "They don't let us speak": Gender, collegiality, and interruptions in deliberations in the Brazilian Supreme Court. **Journal of Empirical Legal Studies**, v. 21, n. 1, p. 174-207, 2024.

ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo:** entre o direito e a política. Rio de Janeiro: História Real, 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, p. 13-32, 2018.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2006.

BELL JR, Derrick A. Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma. **Harvard Law Review**, p. 518-533, 1980.

BERNSTEIN, Barton J. Plessy v. Ferguson: Conservative sociological jurisprudence. **The Journal of Negro History**, v. 48, n. 3, p. 196-205, 1963.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Atualizado em: 01 abr. 2024. Acessado em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 790, de 22 dezembro de 2022.** Dispõe sobre a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CESAL/STF) e dá outras providências. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf. Acesso em: 21 abr. 2024.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; BARRETO, Williem da Silva. Populismo, confusão de poderes e manipulação midiática: a democracia política sob ataque. **Sequência** (Florianópolis), v. 44, n. 93, p. e93166, 2023.

CEPEDA-ESPINOSA, M. J. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 3, n. 4, p. 529–700, 2004.

CESAR, Rodríguez Garavito; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social:** cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia**. Organigrama e informacion general de las dependências**. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/transparencia/Organigrama%20e%20informacion%20general%20de%20las%20dependencias.php. Acesso em 24 jun. 2024.

DA CUNHA JR, Dirley. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. 26, n. 28, 2016.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 173-180, 2005.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2021.

DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram?. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2018.

DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Federalism, the Principle of Solidarity and the Third Stage in the Division of Competences. In: **Solidarity in International Law**. Routledge, 2022.

DE CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2021.

DUARTE, Guilherme Jardim. **Independência de jure e de facto de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais**: um estudo comparado. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia Veiga Vieira Mâncio. A construção da autonomia política do Judiciário na América Latina: um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. Dados, v. 60, p. 903-936, 2017.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas" Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, v. 9, p. 23-45, 2013.

FLÓREZ, V. d. La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia. **Revista Pensamiento Americano**, p. 65-69, 2009.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo Latinoamericano. **Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral**, v. 48, n. 1, p. 169-174, 2015.

GIL, Ricardo Zuluaga. Historia del constitucionalismo en Colombia. Una introducción. **Estudios de derecho**, v. 71, n. 157, p. 99-129, 2014.

GIMÉNEZ, Francisca Pou et al. Comparative Landscapes of Gender and Constitutionalism in Latin America. In: **Women, Gender, and Constitutionalism in Latin America**. Routledge, 2024.

GOODMAN, Walter. **Brown V. Board of Education:** Uneven Results 30 Years Later**.** New York Times, Nova York, 17 de maio de 1984. Disponível em: https://www.nytimes.com/1984/05/17/us/brown-v-board-of-education-uneven-results-30-years-later.html. Acesso em 23 jun. 2024.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters**: The Renaissance of Comparative Constitutional. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). **The Oxford Handbook of Constitutional Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MANRIQUE, Wilson Yesid Suárez. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, v. 63, n. 129, p. 317-351, 2014.

MEDINA, Amylkar D. Acosta. Colombia: Escenario de las desigualdades. **Tendencias**, v. 14, n. 1, p. 9-35, 2013.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Constitucionalismo iliberal. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2595-2622, 2022.

PATIÑO, Néstor Osuna. **Veinte Años de Sentencias Estructurales en Colombia**. In: Justicia constitucional y derechos fundamentales: diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina. Editores: Víctor Bazán e Marie-Christine Fuchs. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica Calle: Bogotá, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: Transformações no Diagnóstico das Violações à Constituição. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 272-314, set.-dez., 2019.

PERJU, Vlad F. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: RODENFELD, M.; SAJO, A. (eds.) **Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

POVEDA, Alexander Cotte. **Crecimiento, desigualdad y pobreza: un análisis de la violencia en Colombia**. Centro de Investigaciones en Violencia, Instituciones y Desarrollo Económico (VIDE), 2006.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal**: como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2023.

RESTREPO, Néstor Julián. La judicialización de la politica: El papel de la corte constitucional en Colombia. In: **Forum. Revista Departamento de Ciencia Política**. Vol. 2, nº 6, 2014.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A côrte suprema e o direito constitucional americano.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SANTOS, Cristian Patric de Sousa. **Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias**: propostas de abertura da jurisdição constitucional concentrada brasileira a partir da experiência colombiana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SANTOS, Yago da Costa Nunes dos; DIAS, Isabela Santos; BARREIROS NETO, Jaime. Decisões progressistas e backlash: reações conservadoras ao reconhecimento judicial do direito de união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e na Colômbia. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 13, n. 1, p. 66-84, 2020.

SANTOS, Yago Nunes dos. **Veto jurídico e diálogos institucionais**: propostas para aprimorar o sistema brasileiro a partir da experiência colombiana: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. **Revista da EMERJ**, v. 20, p. 296-318, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. **Federalismo e políticas públicas.** Brasília: Enap. 2018.

SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, n. 129, p. 319-354, 2014.

SUNDFIELD, Carlos Ari. **Como tornar o controle eficiente?** Definindo os limites do papel do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. In Reforma do Estado Brasileiro. GIAMBIAGI, Fabio; FERREIRA, Sergio; e AMBRÓZIO, Antônio Marcos. São Paulo, GEN Atlas, 2020.

TUSHNET, Mark. **Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law**. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2014.

UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. **Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia.** Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a Defesa da Democracia no Brasil. **Journal of Democracy em Português**, v. 12, n. 1, 2023.

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

VILLEGAS, Germán Lozano; ESTRADA, Alexei Julio. Los derechos políticos de las personas trans y las personas no binarias en la jurisprudencia: de la Corte Constitucional colombiana y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 130, p. 315-330, 2024.

YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, p. 52-69, 2007.

PARTE II

DESIGUALDADE, CIDADANIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA FEMININA NO BRASIL PELO NEOINSTITUCIONALISMO FEMINISTA: ENTRE AS MEDIDAS AFIRMATIVAS E A CIDADANIA DAS MULHERES

FEMALE POLITICAL REPRESENTATION IN BRAZIL THROUGH FEMINIST NEO-INSTITUTIONALISM: BETWEEN AFFIRMATIVE MEASURES AND WOMEN'S CITIZENSHIP

Juliana Alice Fernandes Gonçalves[69]

Tailaine Cristina Costa[70]

Resumo: O Brasil é um dos países com o menor número em termos de representação política feminina. Com foco nas questões de gênero sob a perspectiva do neoinstitucionalismo feminista, e utilizando abordagens metodológicas qualitativas e quantitativas,

69 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), com período de Doutorado Sanduíche no Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México (IIJUNAM), bolsista CAPES. Mestra em Teoria e História do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC); Foi bolsista do Projeto de Extensão: Amora, capacitando mulheres em Direitos Humanos (UNESC). Pesquisadora do NINC: Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção (UFPR/CPNq). Pesquisadora do Observatorio de Reformas Políticas en América Latina (IIJUNAM e OEA). Membra Associada do Instituto Política por.de.para Mulheres (Curitiba/PR). Interesse em pesquisas nas áreas de Direito e Feminismos, Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Eleitoral e Teorias Feministas. Advogada e Consultora Jurídica na área de Direito Público. E-mail: afgjuliana@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5551493221938223.

70 Doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Mestra em Direito Econômico e Desenvolvimento, pela Pontifícia Universidade Católica do estado do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Universidade Positivo. Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Integrante do Instituto Brasileiro de Direito Parlamentar (PARLA) e do Observatório de combate à violência política contra a mulher, vinculado à Transparência Eleitoral. Desenvolve pesquisa na área de Direito Público, principalmente em Direito Constitucional, Direito Administrativo e em Direito Eleitoral, bem como na área de Políticas Públicas. E-mail: tailaine.costadeandrade@gmail.com. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/7263770320344707.

procedimentos bibliográficos e documentais, por meio de etapas correspondentes à revisão bibliográfica e documental das principais bases de dados disponíveis, busca-se responder à questão de pesquisa, qual seja, se as atuais medidas afirmativas são suficientes para promover a representação das mulheres no contexto político institucional brasileiro. A relevância social e a pertinência científica da pesquisa se devem à baixa representação política descritiva, substancial e simbólica das mulheres no país e à fragilidade da representação formal. Os resultados da pesquisa sugerem que, partindo da lógica de que a mulher cidadã tem o direito ao sufrágio como um direito fundamental, quando este é violado de alguma forma, promove-se uma semi-cidadania feminina, distante da efetivação dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: Cidadania; Medidas Afirmativas; Mulheres na Política; Neoinstitucionalismo Feminista; Representação Política Feminina.

Abstract: Brazil is one of the countries with the lowest number of female political representatives. Focusing on gender issues from the perspective of feminist neoinstitutionalism, and using qualitative and quantitative methodological approaches, bibliographic and documentary procedures, through stages corresponding to the bibliographic and documentary review of the main databases available, we seek to answer the research question, which is whether current affirmative measures are sufficient to promote the representation of women in the Brazilian political institutional context. The social relevance and scientific pertinence of the research are due to the low descriptive, substantial and symbolic political representation of women in the country and the fragility of formal representation. The results of the research suggest that, based on the logic that women citizens have the right to suffrage as a fundamental right, when this is violated in any way, a semi-citizenship for women is promoted, far from the realization of constitutional rights.

Keywords: Affirmative Measures; Citizenship; Feminist Neoinstitutionalism; Female Political Representation; Women in Politics.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira é o resultado de vários acordos políticos e é a base da estrutura jurídica da transição democrática e da institucionalização dos direitos fundamentais no país. Durante esse período histórico de aprovação do documento, os movimentos feministas e de mulheres foram responsáveis pela inserção do princípio da igualdade entre homens e mulheres no arcabouço constitucional (Art. 5º, inciso I, CF/88).

Apesar desses avanços, o país tem uma dívida histórica em relação aos direitos das mulheres. Isso inclui a questão da representação política. Afinal, o Brasil é um dos países com o menor número em termos de representação feminina.

Com foco nas questões de gênero sob a perspectiva do neoinstitucionalismo feminista, este estudo pretende abordar a representação política das mulheres na esfera legislativa no Brasil, notadamente no Congresso Nacional, e a relação com as medidas afirmativas aplicadas no país até o momento.

Utilizando uma abordagem dedutiva, abordagens metodológicas qualitativas e quantitativas, procedimentos bibliográficos e documentais, busca-se responder à questão de pesquisa apresentada por meio de etapas metodológicas correspondentes à revisão bibliográfica e documental das principais bases de dados disponíveis.

Especificamente, a pergunta que a pesquisa busca responder é se as atuais medidas afirmativas são suficientes para promover a representação das mulheres no contexto político institucional brasileiro.

A relevância social e a pertinência científica da pesquisa se devem à baixa representação política descritiva, substantiva e

simbólica das mulheres no país e à fragilidade da representação formal. A mera crítica de que os meios utilizados para incentivar a participação (aplicação de cotas, destinação de recursos e sanção de fraudes às regras de cotas) não respondem na mesma proporção ao problema é incapaz de desvendar a situação concreta.

Com base na literatura e nos casos destacados pelos órgãos de controle, as medidas afirmativas são constantemente burladas mediante fraudes por parte dos agentes envolvidos, não sendo possível afirmar que são ineficazes apenas pela forma como são apresentadas. Há uma tentativa recorrente de mudar o sistema e eliminar as regras, especialmente as cotas para candidaturas, sem avançar nas questões de reserva de vagas no Legislativo, por exemplo.

Considera-se que uma maior participação feminina pode contribuir para o sistema político e para a democracia. Assim, esta pesquisa pretende contribuir para o debate e para o cenário eleitoral brasileiro a partir de uma perspectiva de gênero, partindo da lógica de que a mulher cidadã tem direito ao sufrágio (tanto em sua faceta passiva quanto ativa) e, como direito fundamental, quando é violado de alguma forma, promove uma semi-cidadania feminina, distante da efetivação dos direitos constitucionais.

2 PRESENÇA: OS NÚMEROS SOBRE AS MULHERES NA ESFERA LEGISLATIVA

A representação política das mulheres tem sido objeto de estudo de vários pesquisadores e pesquisadoras em todo o mundo. O caso brasileiro não é muito diferente do de outros países, especialmente quando se considera a região da América Latina (Freidenberg, 2022).

Ainda que numericamente as mulheres sejam pouco mais que a metade da população brasileira, o índice de representatividade de mulheres na política, principalmente considerando as mandatárias, é irrisório. A percentagem média de representação, somando câmaras municipais e assembleias legislativas estaduais, totaliza 26,4%. De

acordo com essa mesma pesquisa, o Brasil ocupava a 146ª posição em um ranking mundial sobre representatividade feminina (ONU, 2023).

Segundo os dados apresentados pelo IPU Parline: Global Data on National Parliaments, considerando a região das Américas, o número total de mulheres que ocupam cadeiras legislativas em cada país (primeira e segunda câmara) é de 35,5%, enquanto na Europa esse número é de 31,4%, na África Subsaariana é de 27,1%, na Ásia é de 21,2%, no Pacífico é de 22,3% e no Oriente Médio e Norte da África é de 16,6% (IPU Parline, 2024).

Especificamente na região americana, o Caribe tem 41% de mulheres nesses espaços, enquanto a América do Norte tem 39,2%, a América do Sul 31,3% e a América Central 30,9% (IPU Parline, 2024). Na região da América do Norte, o caso mexicano apresenta o princípio da paridade, no qual pelo menos metade dos assentos nesses espaços de poder deve ser ocupada por mulheres. A experiência mexicana pode servir de laboratório para outros países da região.

O caso mexicano tem regras fortes, controle ativo de atores críticos e alta representação descritiva das mulheres. Analisando a evolução conturbada do regime eleitoral de gênero no país, em termos dos componentes desse regime para o legislativo nacional, há as questões do requisito de porcentagem, do mandato de cargo, da fórmula de candidatura, das sanções, das válvulas de escape e do sistema eleitoral legislativo que afetam os resultados do atual regime eleitoral de gênero sobre a representação política das mulheres. Apesar do princípio da paridade, que já é um avanço considerando outros contextos, há problemas no contexto atual, e um dos principais pontos diz respeito às condições de competitividade real, tanto em relação à vida interna dos partidos políticos quanto às campanhas eleitorais, além do que está estabelecido nas regras formais (Freidenberg; Gilas, 2022).

Considerando o cenário da América Latina, do Caribe e da Península Ibérica, de acordo com os dados analisados pelo Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, a região tem 35,8% de mulheres nos parlamentos e congressos nacionais. Os cinco

países com a maior participação feminina são Cuba (55,7%), Nicarágua (53,9%), México (50,4%), Costa Rica (47,4%) e Bolívia (46,1%). Os cinco países com a menor porcentagem de participação feminina nesses espaços são Brasil (17,5%), Belize (15,6%), Santa Lúcia (11,1%), Antígua e Barbuda (5,6%) e Haiti (2,5%) (Naciones Unidas, 2024).

Esses números mostram que, em 2024, não há igualdade entre homens e mulheres nos Congressos e Parlamentos de todo o mundo. Isso sem falar no número de mulheres presidentas ou ministras de Estado. Sobre a questão da representação política feminina, há várias questões relevantes, como o contexto histórico de cada país, o investimento para promover a ocupação desses espaços e a atuação exigida. Um dos principais pontos diz respeito ao tempo e às condições que cada mulher tem para se preparar para uma possível disputa eleitoral. O ponto de partida já é desigual. Para que as mulheres possam participar das disputas eleitorais, as regras da competição precisam ser revisadas e atualizadas.

Ao travar esse debate, muitas vezes surge a pergunta: que diferença faz uma presença maior de mulheres na política? Como Karolina Gilas argumenta, essa pergunta é altamente relevante no contexto da democracia igualitária, que aspira a construir uma sociedade igualitária, "na qual o gênero das pessoas não pode ser um fator determinante para seu desempenho, participação e desenvolvimento" (Gilas, 2016, p. 62).

Especificamente sobre o caso brasileiro, há uma dívida histórica do sistema político do país com relação à representação política das mulheres. Conforme demonstrado, o Brasil é um dos países com a menor representação descritiva das mulheres e, portanto, seus interesses, demandas e agendas também não são representados. Essa não é uma questão menor.

De acordo com a Constituição Federal, a Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo, eleitos/as pelo sistema proporcional em cada Estado, Território e Distrito Federal (art. 45). Já o Senado Federal é composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos/as segundo o princípio majoritário (art. 46).

A representação descritiva das mulheres no Congresso Nacional brasileiro é uma das mais baixas da América Latina (IPU Parline, 2024). De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral, em 2016, o Brasil ocupava a 155ª posição no mundo em termos de mulheres nos parlamentos. Em 2018, ocupava a 128ª posição; em 2020, a 146ª; e, finalmente, em 2022, a 129ª (TSE, 2023). A atual legislatura conta com 17.3% de mulheres no Congresso Nacional, fazendo com que o Brasil ocupe o 133º lugar na escala mundial (IPU Parline, 2024).

O Brasil é considerado um país com regras fracas, candidaturas fictícias e baixa representação descritiva das mulheres. De modo geral, a representação política das mulheres quase não avançou no país nas últimas décadas. Além disso, o Brasil está entre os últimos lugares da região em termos do número de mulheres no legislativo nacional. O direito ao voto foi reconhecido às mulheres brasileiras em 1946 e a lei federal de cotas para cargos proporcionais foi introduzida em 1997. Uma ampla análise das reformas temáticas dos últimos anos mostra a complexidade do contexto político-eleitoral brasileiro. Além disso, com a legislação de cotas e o comportamento dos partidos políticos do país, o resultado tem sido candidaturas fictícias que nada mais são do que candidaturas falsas: como demonstrado, a questão é amplamente debatida na literatura e enfrentada nos tribunais (Morales Betancourt, 2022).

Para mudar o cenário, é necessário um esforço amplo e multifacetado, bem como a vigilância das regras já estabelecidas, que são essenciais para o estabelecimento de regras formais mais favoráveis às mulheres que almejam concorrer a cargos públicos eleitorais.

3 AS MEDIDAS AFIRMATIVAS PARA AS MULHERES NA INSTITUCIONALIDADE POLÍTICA BRASILEIRA

Diante da realidade da sub-representação e das disposições constitucionais e de outros acordos internacionais dos quais o Estado

brasileiro é signatário, foram adotadas medidas para solucionar esse problema. Uma mudança orgânica está se mostrando quase impossível, afinal as diferenças e a colocação das mulheres em uma situação de cidadania sem os mesmos direitos dos homens - que se mantêm no poder há anos, conhecendo as regras do jogo e os caminhos a serem percorridos para obter êxito na arena política.

No Brasil, a primeira lei de ação afirmativa para incentivar a participação de mulheres em cargos eletivos data de 1995, quando o país assinou o Tratado de Pequim. Esse acordo internacional tinha como objetivo alcançar a igualdade de gênero no mundo e, como ato concreto da assinatura do Tratado, o governo federal promulgou a Lei n. 2.100, que regulamentou as eleições de 1996. Essa lei estabeleceu uma reserva de 20% dos assentos a serem disputados por mulheres. No entanto, poucas mudanças foram alcançadas na época, nem mesmo um aumento significativo de candidatas, já que, para cumprir a disposição legal, bastava não lançar candidatos do gênero masculino nessas vagas.

Como forma de tentar incentivar a participação efetiva das mulheres na arena pública, em 1997, a Lei das Eleições introduziu a regra de que 30% das candidaturas deveriam ser de mulheres. De 1997 a 2015, o que se verificou em termos de legislação foi a verificação do cumprimento do número mínimo de mulheres que se registraram para concorrer às eleições, sem o monitoramento da efetividade desses registros.

Por sua vez, a reforma eleitoral de 2015, realizada por meio da Lei Federal n. 13.165/2015, estabeleceu a regra de 20% do tempo de propaganda eleitoral para as mulheres, para as duas eleições seguintes (2018 e 2010) e o percentual de 15% para as outras duas. Na mesma reforma de 2015, foi estabelecida uma reserva de, no mínimo, 5% e, no máximo, 15% do fundo partidário para as campanhas das mulheres.

A regra de destinação dos recursos foi posteriormente alterada pelo Supremo Tribunal Federal, passando a vigorar que pelo menos 30% serão utilizados para as campanhas femininas, conforme decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617, com base em uma

interpretação conjunta da lei, uma vez que há a obrigatoriedade de que pelo menos 30% das candidaturas sejam de um sexo.

A legislação eleitoral é repleta de reformas, principalmente nos anos ímpares que antecedem as eleições. A reforma eleitoral de 2017 fez várias alterações, afetando diretamente as ações para promover mais mulheres na política. As Leis n. 13.488/2017 e n. 13.487/2017 revogaram várias disposições incluídas na reforma de 2015. As revogações foram principalmente em relação às disposições que estabeleciam regras para a distribuição de tempo de rádio e TV e fundos de campanha para as mulheres. Essa política afirmativa, que se concretizou com a promulgação das leis acima mencionadas, tinha como objetivo incentivar as candidaturas femininas, especialmente financeiramente, bem como garantir que essas candidaturas fossem mais visíveis.

No entanto, verificou-se que os recursos não estavam sendo utilizados adequadamente, bem como baixos números de representação e casos recorrentes de desvio de valores que deveriam ser destinados às candidaturas femininas, tanto que em 2022 foi promulgada uma Emenda à Constituição, a EC n. 117/2022, que tornou constitucional a obrigatoriedade de alocação de recursos e definiu a penalidade para os partidos políticos a partir de então, sendo perdoados os atos cometidos em eleições anteriores. A anistia de irregularidades anteriores foi resultado de um acordo para constitucionalizar o incentivo à candidatura de mulheres. Diante desse cenário, o Tribunal Superior Eleitoral autorizou a utilização dos recursos destinados à participação feminina nos anos seguintes como forma de reparação em vez de sanção (TSE, 2022).

Além das disposições legislativas, uma medida afirmativa para promover a participação das mulheres na política é executada pelos tribunais eleitorais. Nos últimos anos, um dos fatores que mais tem levado à perda de mandatos é a fraude de cotas, conhecida como candidatura fictícia. Por meio de interpretação judicial, várias candidatas perderam seus mandatos porque a coligação (que poderia concorrer como candidata proporcional até 2019) ou o partido

político pelo qual concorreram burlaram a regra da cota e registraram mulheres com candidaturas fictícias, apenas para atender ao mínimo legal, o que fez com que todas as eleitas perdessem seus mandatos, mesmo que não tenha sido comprovado seu envolvimento na fraude (TSE, 2024).

A cassação por fraude à regra de cotas é resultado de uma construção jurisprudencial, na qual a Justiça Eleitoral determinou a cassação de todos os eleitos que se aproveitaram - no caso, foram eleitos a partir de composições que fizeram uso de candidaturas fraudulentas. O julgamento paradigma é o caso de Valença-PI (Recurso Especial 19.392), ação em que todos os eleitos foram cassados em razão da existência de candidaturas fictícias de mulheres na coligação partidária (uma forma de concorrer a cargos proporcionais, possível à época). O Judiciário entendeu que não era necessário demonstrar a participação para que os representantes eleitos perdessem seus mandatos, mas que bastava demonstrar a existência de candidaturas fraudulentas (TSE, 2019).

O Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à Consulta 0603816-39, formulada pela Senadora Lídice da Mata (PSB-BA), afirmou que o cumprimento da reserva de 30% também deve ser levado em conta na composição dos órgãos internos do partido, e o Ministro Roberto Barroso propôs o envio de ofício ao congresso nacional para regulamentar essa exigência. Até o momento, não há nenhuma regra legal sobre a necessidade de pelo menos 30% de mulheres na liderança do partido (TRE/SC, 2020).

Mesmo com essas disposições legais, o Brasil tem taxas muito baixas de representação feminina, o que levou à necessidade de analisar as instituições políticas a fim de promover a participação das mulheres nesses espaços. Dos 29 partidos devidamente registrados no país, apenas seis são presididos nacionalmente por mulheres (TSE, 2024). Até o momento, não há regras sobre a composição da direção partidária, apenas a orientação de que os recursos destinados a promover a participação feminina devem ser administrados pelos

órgãos internos responsáveis, ou seja, as secretarias partidárias para as mulheres.

4 DISCUSSÃO DOS DADOS SOB O NEOINSTITUCIONALISMO FEMINISTA

Pensar em uma política feminista do Estado ou em uma teoria feminista do Estado significa pensar em desenho institucional, conforme lecinado precedentemente por Catharine Mackinnon (1989). Em outras palavras, trata-se de pensar no debate sobre a divisão das esferas pública e privada e se os interesses nesses espaços são ou não objetivos, se são ou não independentes de classe, raça, etnia, sexo/gênero e outros marcadores sociais.

O conceito de representação política como o conhecemos atualmente é uma categorização moderna (Pitkin, 1972). De acordo com Hanna Pitkin, o conceito de representação é um caso instrutivo e o seu significado é extremamente complexo, sendo que desde o início, tem sido altamente abstrato. Para a autora, a representação é um fenômeno cultural e político, além de humano (Pitkin, 2006).

Considerando a contribuição teórica de Pitkin, é possível discutir o que foi desenvolvido e posteriormente intitulado de "neoinstitucionalismo feminista". Em um texto inaugural sobre o tema, Flavia Freidenberg e Karolina Gilas explicam cronológica e metodologicamente a trajetória e o conceito do neoinstitucionalismo feminista. Vindas do campo da Ciência Política, elas ensinam que entre as diferentes abordagens tradicionais desenvolvidas na disciplina está o institucionalismo em suas várias formas. Em sua análise, o problema com essas perspectivas e abordagens é que elas têm reproduzido sistematicamente preconceitos de gênero e, como resultado, a perspectiva analítica tem sido prejudicada (Freidenberg; Gilas, 2020).

De acordo com as autoras, historicamente, a análise do poder, das instituições e do funcionamento do sistema político praticamente

não foi pensada a partir da presença ou da ausência de mulheres, o que influenciou na forma androcêntrica como a política funciona, na construção de indicadores que medem os processos sob o pressuposto masculino "universal" (Freidenberg; Gilas, 2020).

Conforme apontado pelas autoras, vale mencionar que o Novo Institucionalismo se preocupa com instituições e organizações, e não com o comportamento individual, mas não a partir de uma perspectiva estritamente formal ou legal, e sim principalmente a partir de aspectos substantivos ou substanciais, questionando até que ponto as instituições influenciam, condicionam, estruturam ou determinam as preferências e estratégias dos atores ou os resultados do jogo político, bem como como as instituições evoluem ao longo da história e quais consequências práticas os diferentes tipos de organizações têm sobre o comportamento da cidadania, as políticas públicas ou o exercício do poder (Freidenberg; Gilas, 2020).

De acordo com as autoras, os neoinstitucionalistas naturalizaram a maneira pela qual as normas masculinas foram incorporadas às instituições estatais por meio de uma série de regras, processos, ideologias e discursos que determinam seu funcionamento e seus resultados. Ignorando, por sua vez, as relações entre gênero e instituições evidenciadas pelos avanços da literatura feminista (Freidenberg; Gilas, 2020).

Assim, surge o neoinstitucionalismo feminista, com foco nas desigualdades de poder na vida e espaços públicos, o que reforça a contribuição crucial que o feminismo (ou feminismos) faz(em) justamente ao acrescentar conceitos de gênero ao seu conjunto de conceitos já existentes. Inclusive, é a partir do conceito de representação política elaborado por Hanna Pitkin e pelo neoinstitucionalismo feminista que são pensados os tipos de representação política feminina: formal, descritiva, substancial e simbólica.

Em termos gerais, a representação formal refere-se às regras, normas e condições estabelecidas para contestar e exercer a representação (Salgado, 2021). Os aspectos formais são decisivos na materialização dos programas de gênero no cenário político-eleitoral,

seja o sistema de cotas ou a inserção constitucional do princípio da paridade de gênero no registro de candidaturas, como é o caso mexicano, obrigando os partidos a apresentarem candidaturas femininas para cargos eletivos (Freidenberg, 2021).

A representação descritiva refere-se às regras específicas sobre números, espaço e incentivos para que as mulheres alcancem esses locais de poder. Para aprofundar o conceito de representação descritiva, ela é medida em termos de se o regime eleitoral de gênero contribui para reverter os padrões históricos de desigualdade de gênero (Freidenberg; Gilas, 2020).

Sobre o conceito de representação substancial ou substantiva, Freidenberg argumenta que ele se refere à "agenda de questões e interesses promovidos pelas mulheres eleitas nos países da região" (Freidenberg, 2021, p. 67). A representação política substancial diz respeito à prática política da legisladora, ou seja, ao que Pitkin estava se referindo quando argumentou que a representante deveria agir no interesse das pessoas representadas, de forma sensível a elas (Pitkin, 1972), o que no Brasil tem sido chamado de "representatividade" (Gonçalves; Salgado, 2023).

Segundo Juliana Freitas e Laís Guimarães, considerando o contexto político e social brasileiro, uma sociedade enraizada na desigualdade de gênero, em uma cultura patriarcal opressora e marcada pela discriminação em toda a sua estrutura de poder, e com a consequente monopolização das políticas, que, em vez de públicas, tornam-se privadas, é a representatividade e a alternância que deveriam nortear os princípios democráticos (Freitas; Guimarães, 2020). Assim, quanto à representação simbólica, se dá pela forma como o poder político é exercido, em um sentido metafórico e prático, com ênfase no discurso político (Gilas, 2022).

Com relação às peças da paridade, regras e atores críticos, destaca-se as chaves para a representação descritiva e quais regras podem gerar uma representação forte, bem como os movimentos feministas e de mulheres que promovem regras fortes e a importância das autoridades eleitorais aliadas. Além disso, observa-se que os

obstáculos à representação política das mulheres incluem a resistência dos partidos políticos e a fraqueza institucional e democrática. Nesse sentido, cabe a defesa da possibilidade de "aprender com as experiências alheias", ou seja, as experiências de outros países podem servir como lições importantes.

5 CONCLUSÃO

A pergunta que esta pesquisa buscou responder foi se as atuais medidas afirmativas são suficientes para promover a representação das mulheres no contexto político institucional brasileiro. Além de toda a literatura trazida ao texto, especificamente por meio da obra "La construcción de Democracias Paritarias en América Latina: régimen electoral de género, actores críticos y representación descriptiva de las mujeres (1990-2022)", organizada por Flavia Freidenberg e Karolina Gilas, e que se insere no marco do neoinstitucionalismo feminista, a resposta sugerida à pesquisa é que as medidas afirmativas brasileiras precisam avançar para pelo menos alcançar o que já foi feito na experiência comparada.

No trabalho citado foram estudados 17 países que foram divididos em quatro grupos. No primeiro deles estão os cinco países que são considerados os "casos exitosos": Bolívia, México, Costa Rica, Argentina e Equador. No segundo grupo, estão dispostos aqueles considerados como "casos híbridos": Perú, Honduras, Panamá e Paraguai. O terceiro grupo é formado por Chile, Brasil, El Salvador, Colômbia, República Dominicana e Uruguai. As pessoas autoras desta obra consideram as experiências destes países como "inconclusas". No quarto grupo estão os "casos atípicos" e contam com Guatemala, Nicarágua e Venezuela. O recorte temporal da pesquisa é de 1991-2022. Além dos dados dos capítulos, estão presentes aqueles que dizem respeito à aprovação de tratados internacionais sobre igualdade política para mulheres na América Latina, às porcentagens de demanda na América Latina e um glossário significativo (Freidenberg; Gilas, 2022).

As experiências dos países citados e analisados no livro contribuem para o debate público ao explicar quais medidas são bem-sucedidas para colocar em prática a paridade de gênero no contexto político e eleitoral da América Latina. De acordo com as análises da obra, em geral, existem alguns fatores principais que favoreceram e favorecem uma maior representação política das mulheres na região: um forte regime eleitoral de gênero, o ativismo das organizações sociais e dos movimentos feministas e o compromisso das autoridades eleitorais com a paridade e a inclusão (Freidenberg; Gilas, 2022).

O fato de as mulheres estarem ausentes da representação e de suas agendas não serem defendidas é uma indicação da ausência e/ou fragilidade da democracia. Os fatores que impedem essa representação podem ser de natureza política, econômica, social e cultural (Gonçalves, 2023). Portanto, é importante considerar a política comparada e as diferentes experiências em vários países para pensar e estruturar outras possibilidades que levem a um aumento das candidaturas de mulheres a cargos de destaque, especialmente quando se trata de eleições.

Para que outras vozes sejam consideradas, não deve haver espaço para misoginia, racismo, LBGTQIAfobia ou xenofobia. Se as regras do jogo forem bem pensadas, pluralistas e democráticas, todos e todas que quiserem poderão participar. Ganhar a eleição pode ser o ápice, mas o caminho percorrido pode ser didático e inspirador para aquelas pessoas que participam ativamente da jornada e para aquelas que acompanham na plateia ou nos bastidores. As condições precisam ser atendidas, e isso tem a ver com investimento, para que se possa exigir um alto retorno de forma compatível.

Mais mulheres na política não significa necessariamente uma agenda maior de gênero ou feminista, mas é inegável que ainda não sabemos como seriam as democracias se as mulheres participassem igualmente das instituições políticas.

Em geral, o cenário da representação política das mulheres ainda tem muito a desenvolver e melhorar, e alguns países podem contribuir com outros na estruturação de um sistema eleitoral de

gênero forte e capaz de alcançar a paridade. Além disso, fica evidente que a América Latina, em particular, é um excelente laboratório para o desenvolvimento desse tipo de discussão, uma vez que o material é vasto, complexo e dinâmico.

O neoinstitucionalismo feminista é uma área de pesquisa que vem se desenvolvendo rapidamente nos últimos anos, e não apenas na América Latina. Para ir além, seria pertinente que os futuros desenvolvimentos desses estudos incluíssem a raça e a etnia como fatores na análise da representação feminina, bem como outros marcadores sociais, sem esquecer a categoria de interseccionalidade, aplicando a abordagem teórica para detectar variações entre países, para além do gênero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FREIDENBERG, Flavia. La construcción de democracias paritarias: reglas de juego, actores críticos y resultados (in)esperados. In: Freidenberg, Flavia; Gilas, Karolina (orgs.). **La construcción de democracias paritarias en América Latina: régimen electoral de género, actores críticos y representación descriptiva de las mujeres (1990-2022)**, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición, 2022.

FREIDENBERG, Flavia. La representación política de las mujeres en América Latina: estrategias institucionales, actores críticos y reformas pendientes. In: Erika Rodríguez Pinzón (org.). **Perspectivas de América Latina. Hacia un nuevo contrato social tras la COVID**. Fundación Pablo Iglesias; Madrid, 2021.

FREIDENBERG, Flavia. **Reformas inclusivas, actores críticos y representación política de las mujeres en América Latina**. Colección Cátedra Democracia Perú - Domingo García Rada, Lima, 1ª. ed, 2021.

FREIDENBERG, Flavia; GILAS, Karolina. ¡Ellas tienen los escaños, ellos el poder! Representación legislativa de las mujeres en el estado de Morelos. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales.** Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año LXV, núm. 240, (septiembre-diciembre), 2020, p. 327-358. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182020000300327&lng=es&nrm=iso&tlng=es Acesso em: 10 abr. 2024.

FREIDENBERG, Flavia; GILAS, Karolina (orgs.). **La construcción de democracias paritarias en América Latina. Regimén electoral de género, actores críticos y representación descriptiva de las mujeres (1990-2022)**. Instituto Nacional Electoral (INE), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

(IIJ-UNAM), Primera Edición, 2022. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7158/1.pdf Acesso em: 10 mai. 2024.

FREIDENBERG, Flavia; GILAS, Karolina. México: reglas fuertes, control activo de los actores críticos y alta representación descriptiva de las mujeres. In: FREIDENBERG, Flavia; GILAS, Karolina (orgs.). **La construcción de democracias paritarias en América Latina. Regimén electoral de género, actores críticos y representación descriptiva de las mujeres (1990-2022)**. Instituto Nacional Electoral (INE), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ-UNAM), Primera Edición, 2022. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7158/1.pdf Acesso em: 10 mai. 2024.

FREIDENBERG, Flavia; GILAS, Karolina. Neoinstitucionalismo feminista. Karolina M. Gilas y Luz María Cruz Parcero (eds.) **Construyendo Ciencia Política con perspectiva de género**, Ciudad de México: FCPyS-UNAM, 2020. Disponível em: https://www.humanindex.unam.mx/humanindex/consultas/detalle_capitulos.php?id=32457&rfc=RkVBRjczMTExMw== Acesso em: 10 mai. 2024.

FREITAS, Juliana Rodrigues; GUIMARÃES, Laís Vieira. Mulheres na política no estado do Pará, região norte brasileira. **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, v. 24, n. 2, p. 81-98, 2020. Disponível em: https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/view/25/21 Acesso em: 10 jun. 2024.

GILAS, Karolina. ¿Cómo evaluar la representación simbólica de género? **Revista Elecciones** (enero-junio), 21(23): 213-234, 2022. Tradução própria, p. 222. Disponível em: https://revistas.onpe.gob.pe/index.php/elecciones/article/view/235/631 Acesso em: 10 abr. 2024.

GILAS, Karolina. ¿Hacia una democracia paritaria en América Latina? Estrategias fallidas y esperanzas vacías. **Revista Debates**,

Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 53-70, jan.-abr. 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/62618/37269 Acesso em: 10 abr. 2024.

GONÇALVES, Juliana Alice Fernandes. Representación descriptiva y sustantiva de la bancada femenina del Congreso Nacional de Brasil en el caso de la enmienda constitucional No. 103. Documento de Trabajo No. 28. México: **Observatorio de Reformas Políticas en América Latina, IIJ-UNAM y Organización de los Estados Americanos (OEA)**, 2023. Disponível em: https://zenodo.org/records/7761996 Acesso em: 10 mai. 2024.

GONÇALVES, Juliana Alice Fernandes; SALGADO, Eneida Desiree. Representação e representatividade no Congresso Nacional e a Lei nº 14.192/2021 que versa sobre a violência política contra mulheres. **Revista Estudos Eleitorais**, v. 16, p. 72, 2023. Disponível em: https://www.tse.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tse.jus.br/institucional/catalogo-de-publicacoes/arquivos/revista-estudos-eleitorais-vol-16-n.2/@@download/file/revista-estudos-eleitorais-vol-16-n-2.pdf Acesso em: 10 mai. 2024.

IPU Parline. **Global and regional averages of women in national parliaments**. Disponível em: https://data.ipu.org/women-averages/?date_month=06&date_year=2024 Acesso em: 07 set. 2024.

IPU Parline. **Global data on national parliaments. Brazil.** Disponível em: https://data.ipu.org/parliament/BR/BR-LC01/ Acesso em: 12 ago. 2024.

MACKINNON, Catharine A. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

MORALES BETANCOURT, Mauricio. Brasil: reglas débiles, candidaturas laranjas y baja representación descriptiva de las mujeres. In: FREIDENBERG, Flavia; GILAS, Karolina (orgs.). **La construcción**

de democracias paritarias en América Latina. Regimén electoral de género, actores críticos y representación descriptiva de las mujeres (1990-2022). Instituto Nacional Electoral (INE), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ-UNAM), Primera Edición, 2022. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7158/1.pdf Acesso em: 10 mai. 2024.

NACIONES UNIDAS. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. **Poder legislativo: porcentaje de escaños ocupados por mujeres en los parlamentos nacionales** (Indicador ODS 5.5.1a). Disponível em: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-legislativo-porcentaje-escanos-ocupados-mujeres-parlamentos-nacionales-indicador> Acesso em: 07 de set. 2024.

ONU MULHERES. **Sobre ONU Mulheres**. Disponível em: < https://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/> Acesso em: 10 de ago. 2024.

PITKIN, Hanna. **The Concept of Representation**. Los Angeles: University of California Press, 1972.

PITKIN, Hanna. Representação: palavras, instituições e idéias. **Lua Nova**, São Paulo, 67: 15-47, 2006, p. 16. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ln/a/pSDrmVSqRqggw7GXhxBjCgG/?format=pdf&lang=pt Acesso em: 17 mai. 2024.

SALGADO, Eneida Desiree; SILVA, Daniel Monteiro (Org.). **Representação política feminina e campanhas eleitorais de mulheres: observações sobre as eleições municipais de 2020 em Curitiba e em Natal**. 1. ed. Curitiba: Editora Íthala, 2021. v. 1. 231p.

SALGADO, Eneida Desiree; GUIMARÃES, Guilherme Athaides; Monte-Alto, Eric Vinicius Lopes Costa. Cotas de Gênero na Política: Entre a História, as Urnas e o Parlamento. **Revista do núcleo**

de estudos e pesquisas em gênero e direito (UFPB), v. 1, p. 156-182, 2015. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/25973/14453 Acesso em: 10 jun. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL/SC. **TSE entende ser aplicável reserva de gênero para mulheres nas eleições para órgãos partidários**. Florianópolis, 2020. Disponível em: https://www.tre-sc.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Maio/tse-entende-ser-aplicavel-reserva-de-genero-para-mulheres-nas-eleicoes-para-orgaos-partidarios Acesso em: 10 ago. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Partidos políticos registrados no TSE**. Brasília, 2024. Disponível em: https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse Acesso em: 07 set. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Plenário mantém cassação de vereadores envolvidos em caso de candidaturas fraudulentas no Piauí**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2019/Setembro/tse-mantem-cassacao-de-vereadores-envolvidos-em-caso-de-candidaturas-fraudulentas-no-piaui Acesso em: 10 ago. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **TSE autoriza que recursos para participação feminina na política não utilizados sejam empregados nas eleições subsequentes**. Brasília, 2022. https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Maio/tse-autoriza-que-recursos-para-participacao-feminina-na-politica-nao-utilizados-sejam-empregados-nas-eleicoes-subsequentes Acesso em: 10 ago. 2024

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **TSE tem jurisprudência pacificada sobre fraude à cota de gênero para as Eleições 2024**. Brasília, 2024. Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Julho/tse-tem-jurisprudencia-pacificada-sobre-fraude-a-cota-de-generopara-as-eleicoes-2024 Acesso em: 10 ago. 2024.

A TUTELA DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA MULTINÍVEL[71]

THE PROTECTION OF WOMEN'S RIGHTS IN BRAZIL IN LIGHT OF MULTI-LEVEL FEMINIST CONSTITUTIONALISM

Melina Girardi Fachin[72]

Leticia de Andrade Porto Nosaki[73]

Resumo: Este artigo busca analisar, sob a ótica do constitucionalismo feminista multinível, os desafios e as barreiras para a construção de um paradigma constitucional efetivamente comprometido com a igualdade de gênero. Na ótica multinível, é necessário somar as múltiplas proteções, tanto no plano interno quanto no direito internacional. A pergunta da presente busca responder: De qual forma o direito das mulheres encontra tutela no Brasil, pautando-se pela ótica do constitucionalismo multinível? A metodologia empregada parte da matriz exploratória, havendo análise bibliográfica no que concerne à tutela do direito das mulheres no Brasil, bem como empreende-se à pesquisa jurisprudencial da Corte IDH e dos Tribunais brasileiros no tocante à preservação desses direitos. Como conclusão, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem se transformando, sendo possível observar a presença de legislações protetivas, bem como da influência do Protocolo com Perspectiva de Gênero e sua aplicação em julgados brasileiros e o robustecimento de

71 O presente trabalho contém ideias adaptadas da tese de doutorado da autora Letícia de Andrade Porto Nosaki.

72 Estágio de pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra no Instituto de Direitos Humanos e Democracia (2019-2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Humanos, pela PUC-SP. Professora adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada. Email: melinafachin@gmail.com Lattes: http://lattes.cnpq.br/1368334568714375

73 Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST e FEMPAR/PR. Chefe de gabinete de Desembargador - TJPR. E-mail: leticia.porto@ufpr.br Lattes: http://lattes.cnpq.br/4957444327036996

entendimentos no sentido de conferir maior proteção às mulheres, com o olhar necessário e acurado ao grupo.

Palavras-Chave: Direito das Mulheres; Constitucionalismo Feminista Multinível; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Abstract This article seeks to analyze, from the perspective of multilevel feminist constitutionalism, the challenges and barriers to the construction of a constitutional paradigm effectively committed to gender equality. From a multi-level perspective, it is necessary to add multiple protections, both domestically and under international law. This question seeks to answer: How do women's rights find protection in Brazil, based on the perspective of multilevel constitutionalism? The methodology used is based on an exploratory matrix, with bibliographical analysis regarding the protection of women's rights in Brazil, as well as jurisprudential research of the IDH Court and Brazilian Courts regarding the preservation of these rights. As a conclusion, we have that the Brazilian legal system has been transforming, making it possible to observe the presence of protective legislation, as well as the influence of the Protocol with a Gender Perspective and its application in Brazilian courts and the strengthening of understandings in order to provide greater protection of women, with the necessary and accurate look at the group.

Keywords: Women's Law; Multilevel Feminist Constitutionalism; Inter-American Court of Human Rights; Protocol for Judgment with a Gender Perspective.

1 INTRODUÇÃO

A análise do direito das mulheres sob a ótica feminista desperta a necessidade da constituição de garantias feitas por mulheres e para mulheres. Os diplomas protetivos infraconstitucionais, constitucionais e internacionais devem interatuar para uma Constituição garantista

feminista, buscando a igualdade de gênero. As barreiras capacitistas, discursos misóginos, pensamentos militantes e violência estrutural devem dar lugar à atuação feminina.

Este artigo busca analisar, sob a ótica do constitucionalismo feminista multinível, os desafios e as barreiras para a construção de um paradigma constitucional efetivamente comprometido com a igualdade de gênero.

Partimos do pressuposto das garantias constitucionais, sobretudo aquelas conjugadas com os diplomas protetivos internacionais dos direitos das mulheres, pelo bloco de constitucionalidade (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal), naquilo que se denomina *constitucionalismo multinível*. Adiciona-se a esta perspectiva, o constitucionalismo feminista que abre a Constituição à perspectiva das mulheres, "como uma totalidade que só se sustenta quando todos os seus elementos têm o seu máximo potencial preservado" (SILVA, 2020, p. 24). É neste compasso que se sustenta o constitucionalismo feminista multinível.

Na ótica multinível, é necessário somar as múltiplas proteções, sendo que as normas materiais protetivas de direitos humanos encontram-se tanto no plano interno (em geral, nas constituições) quanto no direito internacional. Neste cenário, a convencionalidade representa a compatibilidade e harmonização entre normas jurídicas internas e internacionais (do plano global e regionais) no que tange à proteção dos Direitos Humanos.

Deste modo, a pergunta da presente pesquisa cinge-se em saber se: De qual forma o direito das mulheres encontra tutela no Brasil, pautando-se pela ótica do constitucionalismo multinível?

A metodologia empregada parte da matriz exploratória (GIL, 2002, p. 41), havendo análise bibliográfica no que concerne à tutela do direito das mulheres no Brasil, bem como empreende-se à pesquisa jurisprudencial da Corte IDH e dos Tribunais brasileiros no tocante à preservação desses direitos.

2 O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL FEMINISTA

Os direitos humanos se consubstanciam em um conjunto de direitos que prezam pela proteção do indivíduo e são renovados constantemente durante a história (Mazzuoli, 2019, p. 23). É importante rememorar que as permanentes lutas travadas ao longo dos séculos permitiram a obtenção de garantias que visam emancipar a pessoa humana e conquistar uma melhor condição de vida (Bobbio, 2004).

Em um panorama global, os direitos humanos ultrapassam qualquer barreira ou fronteira estatal, sendo inerentes ao ser humano, possuindo raízes históricas e universais, que se pautam na irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, na efetivação progressiva e na vedação do retrocesso (Mazzuoli, 2019, p. 26-34).

O multiculturalismo presente na América Latina abre espaço para o surgimento de ferramentas dialógicas, como o diálogo entre múltiplos atores e o diálogo entre Cortes, tendo em vista o policentrismo jurídico (Fernandez, 2008) próprio de sociedades heterogêneas. Da mesma forma, a existência mútua de diversas culturas tem o condão de influenciar nas Constituições dos Estados latino-americanos, evoluindo para um paradigma de estatalidade aberta (Antoniazzi, 2014, p. 271-272), por meio da inclusão dos diferentes grupos que compõem a sociedade.

A ideia da estatalidade aberta (*offene Staatlichkeit*) (Vogel, 1964, p. 42), proposta por Mariela Morales, pressupõe a "construção convergente e progressiva do constitucionalismo garantista dos direitos humanos e da integração sob uma concepção multinível" (Antoniazzi, 2014, p. 266). Tal concepção é amparada na cooperação internacional, uma vez que o Estado se subordina à "construção convergente e progressiva do constitucionalismo garantista dos direitos humanos e da integração sob uma concepção multinível" (Antoniazzi, 2014, p. 269).

Nessa seara, a perspectiva multinível decorre do entrelaçamento entre ordens, uma vez que os crescentes problemas econômicos, sociais, ambientais e políticos desafiam a jurisdição constitucional a

solucioná-los, apresentando como resposta à interpretação conforme os valores e princípios em consonância com os direitos humanos, com a consequente abertura da Constituição aos diplomas internacionais (Ramos, 2011, p. 497-524; Porto, 2021).

De igual forma, o diálogo convencional - isto é, pensado com a ferramenta do controle de convencionalidade, fundado na premissa multinível - busca uma maior tutela aos grupos tidos como vulneráveis, ao passo que a ótica protetiva transcende o nacional, encontrando soluções diversas para problemas parecidos.

Neste caminhar, a proteção internacional das mulheres pode encontrar amparo sob as balizas do constitucionalismo feminista, o qual se traduz em um método hermenêutico, que procura promover a cidadania com o olhar voltado ao direito das mulheres. O objetivo aqui é explorar as potencialidades do ordenamento jurídico, em especial asseverar os padrões protetivos de direitos humanos, fixados pelas cortes regionais e internacionais, bem como os diplomas legislativos que procuram reduzir as desigualdades de gênero.

Cumpre salientar que cabe a cada Estado-Parte proceder à permeabilidade destes ditames de modo a proporcionar a melhor e maior proteção às mulheres, enquanto um grupo vulnerabilizado (Cambi, Nosaki, Fachin, 2023).

Dessa forma, o constitucionalismo feminista, analisado a partir as lentes feministas, amplia o reconhecimento de outras visões, sobretudo em relação às especificidades e multiplicidades, como sujeitas de direitos merecedoras de igual reconhecimento, pautados pela proteção da dignidade e pela prevenção do sofrimento. O constitucionalismo feminista desencadeia a expansão do discurso constitucional (multinível) e reinstala a diferença e a alteridade como seus fundamentos (Cambi, Porto, Fachin, 2022, p. 264).

Não se desconhece que o constitucionalismo feminista representa um desafio global para a visão do constitucionalismo apenas do Estado, uma vez que o percebe em uma visão complexa, integrada, comparada e multinível. Por outro lado, isso não significa que haja uma universalidade constitucional ao redor do globo, mas que

os diálogos entre diferentes experiências constitucionais permitem demonstrar o caráter estrutural da opressão de gênero (Cambi, Porto, Fachin, 2022, p. 264).

Diante da perspectiva multinível feminista, que percebe os valores feministas, bem como a multiplicidade de ordenamentos protetivos existentes, tal somatória deve ser colocada à disposição e ao uso dos intérpretes da Constituição, conforme leciona Christine Peter da Silva (2020, p. 24),

> [...] para que as Constituições sejam textos normativos também destinados às mulheres, o primeiro passo é conhecer as mulheres que fizeram as Constituições, as mulheres que interpretam as Constituições, as mulheres que fazem das Constituições o seu instrumento de trabalho e de luta por seus direitos fundamentais, nas sociedades contemporâneas.

Tanto no sistema global tutelado pela Organização das Nações Unidas (ONU), quanto no sistema regional presente através do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o tema atinente ao direito das mulheres é objeto de cuidado e proteção. Tais ordens internacionais podem e devem servir de base e de complemento à proteção constitucional local, de modo a ampliar e robustecer os direitos aqui previstos.

Como importantes diplomas internacionais protetivos, podem ser citados: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979; as Convenções Interamericanas sobre a Concessão de Direitos Civis (1948) e Políticos (1952) à Mulher, que igualaram os mesmos direitos civis e políticos às mulheres e homens; a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), de 1994 (Cambi, Nosaki, Fachin, 2023).

Neste passo, o *androcentrismo* destacado por Nancy Fraser é um importante marco teórico a ser evocado quando se fala no combate às

práticas que tenham como base o patriarcalismo cultural. O sujeito de direito universal, como já foi destacado, é caracterizado pelo homem branco, heterossexual, cisgênero e proprietário. Esses padrões são reproduzidos em diversos âmbitos da sociedade, seja no sistema de justiça, na produção acadêmica e científica, na gestão de empresas, no poder público.

O patriarcado está baseado na divisão sexual do trabalho, isto é, determinadas atividades eram tidas como femininas, a exemplo do dever de cuidado em relação à família, bem como o exercício do labor doméstico. Havia a separação entre o trabalho produtivo e o reprodutivo. Enquanto o homem era colocado como o provedor econômico da família, a mulher amparava as tarefas domésticas, as quais eram invisíveis.

Em se pensando na ótica multinível feminista, não se descuida das interseccionalidades que permeiam as desigualdades de *ser mulher*. À mulher negra, no período após a abolição da escravatura, incumbiu o papel de "viga mestre de sua comunidade", nos dizeres de Lélia Gonzalez. Isso porque, até os dias de hoje, ela soma esforços para o preparo dos alimentos, garantir o bem-estar da comunidade e da família mediante a realização de "serviços caseiros", trabalhar na "casa da patroa até a noite, após ter servido o jantar e deixado tudo limpo" (Gonzalez, 2014, p. 33). Ainda, ao se dedicarem às atividades de cuidado de várias famílias, olvidam-se, até mesmo, do seu próprio bem-estar e cuidado.

Todavia, quando se somam tais discriminações ao aspecto do racismo cultural e estrutural, à mulher negra é imposto um papel de desvalorização dentro da população economicamente ativa. Como bem leciona Lelia González (2014, p. 35):

> **Quanto à mulher negra, sua falta de perspectiva quanto à possibilidade de novas alternativas faz com que ela se volte para a prestação de serviços domésticos, o que a coloca numa situação de sujeição, de dependência das famílias de classe**

> **média branca**. A empregada doméstica tem sofrido um processo de reforço quanto à internalização da diferença, da "inferioridade", da subordinação. No entanto, **foi ela quem possibilitou e ainda possibilita a emancipação econômica e cultural da patroa dentro do sistema de dupla jornada**, como já vimos. É interessante observar, nos textos feministas que tratam da questão das relações de dominação homem/mulher, da subordinação feminina, de suas tentativas de conscientização etc., como existe uma espécie de discurso comum com relação às mulheres das camadas pobres, do subproletariado, dos grupos oprimidos. Em termos de escritos brasileiros sobre o tema, percebe-se que a mulher negra, as famílias negras — que constituem a grande maioria dessas camadas — não são caracterizadas como tais. As categorias utilizadas são exatamente aquelas que neutralizam a questão da discriminação racial, do confinamento a que a comunidade negra está reduzida. **Por aí se vê o quanto as representações sociais manipuladas pelo racismo cultural também são internalizadas por um setor, também discriminado, que não se apercebe de que, no seu próprio discurso, estão presentes os velhos mecanismos do ideal de branqueamento, do mito da democracia racial.** Nesse sentido, o atraso político dos movimentos feministas brasileiros é flagrante, na medida em que são liderados por mulheres brancas de classe média (grifo próprio).

A exclusão social da mulher negra a limita ao exercício de dois papéis na sociedade, em uma clara tentativa de rotulá-las, cerceando a livre escolha de outras funções dentro da sociedade. De um lado, o dever do cuidado da casa a limita com a função doméstica - aqui, incidindo nas funções de merendeira escolar, limpeza, babá, empregada doméstica. Por outro lado, o rótulo sexual atribuído às mulheres negras, em verdadeiro mercado de exploração sexual, articula-se "a todo um processo de distorção, folclorização e comercialização da cultura negra brasileira" (Gonzalez, 2014, p. 36-37).

A mulher negra é a base da formação da sociedade brasileira. Isso porque ela exerce funções de cuidado familiar que permitem que aqueles que foram cuidados possam se desenvolver.

O constitucionalismo multinível feminista atua nessa interseccionalidade, de modo a congregar entendimentos protetivos que rompam com padrões machistas e misóginos. bell hooks especifica que tal fenômeno converge para o feminismo global, o qual soma esforços de mulheres de todos os cantos do planeta, no intuito de garantir a liberdade, de modo a estender e "alcançar lutas globais para cabar com o sexismo, a exploração sexista e a opressão" (Hooks, 2018, p. 61).

Não se olvida que a sociedade transforma-se a partir da multiplicidade de interações e hábitos de vida, sendo que, diuturnamente, novos direitos e deveres dos cidadãos são conclamados. Tendo como base a impossibilidade do retrocesso, a *progressividade* dos direitos humanos tornou efetiva a proteção de grupos vulnerabilizados, trazendo luz a problemas outrora ignorados pela compreensão hegemônica do direito, pautada no padrão do homem médio (branco, heterossexual, cisgênero e proprietário).

Nesse norte, colocar as lentes da perspectiva de gênero nas relações sociais contemporâneas significa respeitar as mulheres como titulares de direitos fundamentais, fomentar garantias para equiparar homens e mulheres, e evitar discriminações estruturais decorrentes do patriarcado e das interseccionalidades de gênero.

3 TUTELA DO DIREITO DAS MULHERES: AVANÇOS E PERSPECTIVAS NO BRASIL

No Brasil, a construção de uma rede protetiva feminista ainda caminha a passos lentos, mas, não se pode diminuir sua eficácia e a luta diária que abre espaço a maiores diálogos entre atores e entre Cortes.

Inicialmente, a Lei Maria da Penha (nº 13.340/06) constitui um grande marco na proteção da mulher vítima de violência doméstica - sobretudo em razão da atuação conjunta de diversas Organizações Não Governamentais (ONGs) que repercutiram o caso de Maria da Penha a nível regional, alcançando os holofotes do Sistema Interamericano (SIDH), bem como, ecoando medidas reparatórias na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2001).

Dentre as recomendações orientadas pela Comissão Interamericana, em 2001, destacam-se as medidas de capacitação de funcionários judiciais e policiais, no sentido de não tolerar a violência doméstica, bem como visando a simplificação de procedimentos judiciais, tornando-os mais céleres; a criação de novas delegacias especializadas na defesa dos direitos das mulheres, provendo recursos especiais para a investigação de todas as denúncias de violência doméstica (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2001).

A Lei Maria da Penha foi promulgada 5 (cinco) anos após a publicação do relatório acima especificado - destinado ao Brasil - consubstancia-se em um importante marco normativo e protetivo às mulheres vítimas de violência doméstica, elucidando diversas formas de violência, bem como medidas protetivas de urgência destinadas às vítimas e a forma de atuação de órgãos responsáveis e equipes disciplinares.

Mais recentemente, a Recomendação nº 128/2022, do Conselho Nacional de Justiça, instituiu o Protocolo de Julgamento da perspectiva de gênero no Poder Judiciário brasileiro - tornando-se importante vetor de diálogo entre Cortes, exercício de controle de convencionalidade, bem como de ampliação do enfoque protetivo com olhares voltados ao constitucionalismo feminista.

É importante rememorar que a iniciativa do julgamento com perspectiva de gênero é comum a vários países, como o Protocolo para Julgar com Perspectiva de Gênero, realizado pela *Suprema Corte de Justicia de La Nación do México*; *Protocolo para Juzgar com Perspectiva de Género, pelo Comité de Género Órgano Judicial de Bolivia*; *Handbook on Combating Gender Stereotypes, da Supreme Court Of India*; *Cuaderno*

Buenas Práticas para Incorporar la Perspectiva de Género en las Sentencias do Poder Judicial Republica de Chile; *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género, do ONU Mujeres*; *Guía para el Poder Judicial sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres, do Comité para eliminación de la discriminación contra la mujer - Comité CEDAW Uruguay*; e, *Administración de Justicia y Perspectiva de Género*, realizado pelo *Ministério de las Mujeres, Géneros y Diversidade da Argentina*.

Cumpre salientar que o Protocolo Mexicano adveio da condenação mexicana junto à Corte IDH, no caso González e outras (Campo Algodoeiro) Vs. México, datado de 2009. Como medida reparatória, a Corte IDH suscitou a necessidade de as investigações conduzidas integrarem a ótica da perspectiva de gênero, em conformidade com protocolos e manuais que se alinhem às diretrizes da sentença exarada (Corte IDH, 2009, p. 141).

Conforme restou assentado, na ocasião da publicação do Protocolo Mexicano (México, 2020, p. 15):

> *En 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) publicó la primera edición del Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Este documento —e**laborado para atender las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos González y otras (Campo Algodonero), Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, todos contra México, ante la gravedad y la sistematicidad de la violencia contra las mujeres en nuestro país— tuvo el propósito de materializar un método analítico que incorporó la categoría del género al análisis de la cuestión litigiosa**. Así, constituyó un primer ejercicio de reflexión sobre cómo juzgar aquellos casos en los que el género tiene un papel trascendente en la controversia, para originar un impacto diferenciado en las personas que participan en ella, particularmente mujeres y niñas* (grifo próprio)

O primeiro passo a ser dado é refletir possibilidades de incorporar a perspectiva de gênero no processo judicial - desse modo, distanciando-se da máxima do julgamento como uma decisão que põe fim ao processo, mas, sim, constitui uma decisão justa e com impacto às pessoas participantes.

Em um paralelo protetivo entre Brasil e México, no que diz respeito às sentenças condenatórias envolvendo feminicídio e as medidas reparatórias que repercutiram nos respectivos países, a condenação do Brasil no caso Márcia Barbosa, datado de setembro de 2021, apontou como medidas reparatórias, que o Brasil (Corte IDH, 2021, p. 56):

> [...]
> 201. Em consequência, **a Corte considera pertinente ordenar ao Estado que adote e implemente um protocolo nacional que estabeleça critérios claros e uniformes para a investigação dos feminicídios. Este instrumento deverá ajustar-se às diretrizes estabelecidas no Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero, bem como à jurisprudência deste Tribunal.** Este protocolo deverá estar dirigido ao pessoal da administração de justiça que, de alguma maneira, intervenha na investigação e tramitação de casos de mortes violentas de mulheres. Ademais, deverá incorporar-se ao trabalho dos referidos funcionários através de resoluções e normas internas que obriguem sua aplicação por todos os funcionários estatais (grifo próprio).

Em 2021, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero foi implementado no Brasil, mediante o esforço do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ nº 27/2021, visando a implementação de políticas nacionais para o enfretamento à violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário. O Protocolo fomenta a necessidade de "criar

uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas" (CNJ, 2021, p. 8).

A equidade de gênero é direito que vem se robustecendo progressivamente, para além das normas jurídicas, o que torna indispensável a promoção da educação em direitos humanos como estratégia de diálogo feminista (Cambi, Nosaki, Fachin, 2023).

A equidade de gênero repercute e se desdobra em novos direitos sociais que demandam políticas públicas adequadas, conforme destaca Desdêmona Tenório de Brito Toledo Arruda (2020, p. 62):

> [...]
> Trata-se de evolução que se desenrola de maneira muito peculiar para cada indivíduo, além de demandar tempo, persistência e um conjunto de infindáveis pequenos atos e compromissos que vão se somando para possibilitar a formação de um cidadão. **Não é possível pensar na implementação da equidade de gênero de outra forma. Trata-se de uma tarefa que demanda não apenas a implementação de políticas públicas, mas também esforço individual, alteração de posturas e mudanças culturais, a serem colocados em prática nas mais diversas organizações, sejam do setor público ou privado, enfrentando resistências, avanços e retrocessos, eis que se trata de um projeto de fôlego, cujos resultados por vezes uma geração não será suficiente para alcançar (grifo próprio)**.

No âmbito brasileiro, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero é fruto destes movimentos do constitucionalismo feminista multinível. Isso porque o protocolo é pensado por mulheres e para mulheres, envidando esforços a partir da constatação da necessidade de mecanismos que, de fato, consigam perceber tais desigualdades. O somatório das ordens protetivas, sobretudo no contexto latino-americano, dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, contribui para o fomento de práticas protetivas

multiníveis, baseando-se em países que já adotaram posturas mais protetivas, como o México e a Argentina.[74]

Na prática, o Protocolo coíbe a desigualdade de gênero, sendo perceptível sua abrangência em casos cotidianos, como na economia dos cuidados, ou na disparidade laboral e de remuneração entre homens e mulheres. As mulheres somam esforços para ingressar no mercado de trabalho e se responsabilizar pelas tarefas domésticas, o que apenas enfatiza as desvantagens vividas. O labor doméstico sempre foi destinado à mulher, enquanto o provimento financeiro era prestígio colhido pelo homem (Sousa, Guedes, 2016). As desigualdades no âmbito privado são políticas e repercutem na cidadania feminina.

Destaque para a aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero quando do cuidado não remunerado exercido pela mulher, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DAS FAMÍLIAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO – ARBITRAMENTO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM 63,7% SOBRE O SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL PARA A FILHA DE 3 ANOS DE IDADE. PRETENDIDA MINORAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR – NÃO ACOLHIMENTO – QUANTUM CONDIZENTE COM A SITUAÇÃO FÁTICA DAS PARTES – CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE VERIFICADA. TRABALHO DOMÉSTICO DE CUIDADO DIÁRIO E NÃO REMUNERADO DA MULHER CONSIDERADO NO CÁLCULO DA PROPORCIONALIDADE DOS ALIMENTOS. ADOÇÃO DO PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO MANTIDA. [...]

74 A promulgação da Lei Micaela (Lei. 27499/2018), na Argentina, determinou a capacitação obrigatória de servidores públicos na temática de gênero e violência contra as mulheres.

3. A preocupação com a equidade de gênero deve estar presente no contexto do Direito das Famílias, especialmente em ações de alimentos, para diminuir as injustas discriminações sexuais, próprias do patriarcalismo estrutural ainda presente na sociedade brasileira, conferindo tratamento isonômico, e ao mesmo tempo diferenciado, a homens e mulheres no desempenho das funções paterna e materna.

4**. Quando o filho em idade infantil reside com a mãe, as atividades domésticas, inerentes ao dever diário de cuidado (como o preparo do alimento, a correção das tarefas escolares, a limpeza da casa para propiciar um ambiente limpo e saudável) - por exigirem uma disponibilidade de tempo maior da mulher, sobrecarga que lhe retira oportunidades no mercado de trabalho, no aperfeiçoamento cultural e na vida pública - devem ser consideradas, contabilizadas e valoradas, para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade, no cálculo dos alimentos, uma vez que são indispensáveis à satisfação das necessidades, bem-estar e desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social) da criança. Inteligência dos artigos 1º e 3º, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) c/c artigo 3.2 da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas**.

5. A ordem econômica não deve estar dissociada da concretização jurídica de preocupações éticas, porque é fundada na valorização constitucional do trabalho humano, suporte para a existência digna e a justiça social (art. 170, caput, CF).

6. É papel do Poder Judiciário promover a equidade de gênero por meio da **não repetição de estereótipos, que façam perpetuar a cultura da discriminação e de preconceitos, inerentes ao patriarcalismo estrutural que reforça práticas misóginas e mecanismos de opressão contra as mulheres. Exegese do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 da Organização**

> **das Nações Unidas e da Recomendação nº 128 de 2022 do Conselho Nacional de Justiça (Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero).**
> **7. O princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF) - concretizado por meio do pagamento de alimentos fixados em montante proporcional aos esforços da mulher, com a realização de trabalhos domésticos e diários na educação da criança - é um instrumento de desconstrução da neutralidade epistêmica e superação histórica de diferenças de gêneros, de identificação de estereótipos presentes na cultura que comprometem a imparcialidade jurídica, de promoção da equidade do dever de cuidado de pai e mãe no âmbito familiar, além de ser um meio de promoção de direitos humanos e de justiça social (arts. 4º, inc. II, e 170, caput).**
> 8. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TJPR - 12ª Câmara Cível - 0019031-19.2022.8.16.0000 - Pato Branco - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 16.11.2022) (grifo próprio).

Extrai-se, a partir do julgado colacionado, que a aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero é visualizada no âmbito cível, das famílias, em casos nos quais a tarefa de cuidado recai aos ombros femininos - devendo tal cuidado restar incluso no cálculo dos alimentos devidos aos filhos.

O princípio da parentalidade responsável, analisado sob as lentes do constitucionalismo feminista, impõe ao Poder Judiciário a análise desses casos com a perspectiva da igualdade de gênero, a fim de que não sejam reproduzidos estereótipos e preconceitos que fomentam o patriarcalismo estrutural.

Tecendo comentários no que importa à aplicação do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero no âmbito cível, aliado a um diálogo protetivo, cita-se o julgado exarado pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 1.008.166/SC, de relatoria do

Ministro Luiz Fux[75]. O recurso versava sobre a garantia de vaga em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com base no artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, afirmou que o direito à educação infantil perpassa outras questões – sobretudo de gênero, que são, porventura, esquecidas ou invisibilizadas.

Dessa forma, a garantia do acesso à creche e educação infantil para as crianças de zero a cinco anos de idade representa um *duplo reconhecimento*: tanto no que tange ao acesso à educação das crianças, quanto, à proteção da maternidade. Nesse paradigma, protege-se a liberdade e igualdade inerentes à perspectiva de gênero, já que permite às mulheres com os filhos matriculados nas escolas usufruir de melhores perspectivas para buscarem emprego, trabalharem e terem mais acesso à educação formal.

---

75 Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. GARANTIA DE VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CF/88. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que assegura às crianças de zero a cinco anos de idade a primeira etapa do processo de educação básica mediante o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (art. 208, IV, da Constituição Federal). 2. O Estado tem o dever constitucional de garantir o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão estatal e violação a direito subjetivo, sanável pela via judicial. Precedentes: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 4/6/2009, e RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 3/8/2007. 3. O Poder Judiciário pode impor à Administração Pública a efetivação de matrícula de crianças de zero a cinco anos de idade em estabelecimento de educação infantil, sem haja violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. 4. Ex positis, voto no sentido de, no caso concreto, NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma. 5. A tese da repercussão geral fica assim formulada: 1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.
(RE 1008166, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22-09-2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 19-04-2023 PUBLIC 20-04-2023).

Neste ponto, destaca-se o voto da Ministra Rosa Weber no mencionado Recurso Especial, como ponto de partida para o debate da maternidade como função social, e a interseccionalidade com a igualdade de gênero, que permeia a questão da educação infantil.

Na oportunidade, a Ministra ressaltou a relação existente entre o direito à educação infantil pública e a liberdade e igualdade da mulher, coadunando-se com a perspectiva de gênero. Em uma ótica patriarcal na qual à mulher incumbe os deveres de cuidado e tarefas domésticas, descortina-se a sua vulnerabilidade no exercício de trabalhos formais durante o período da maternidade[76]. Isso porque é exigido que a mãe ocupe vários espaços de labor sem as políticas públicas adequadas que resguardem os seus direitos mais básicos como pessoa - seja de liberdade, de igualdade, de respeito, de dignidade.

O caso mencionado rompe com padrões androcêntricos e misóginos que são impostos por uma sociedade estruturalmente machista, que estabelece o homem como padrão para aplicação das

76 "Quanto ao mínimo existencial, saliento o direito à educação infantil pública como basilar e imprescindível para a aplicação da isonomia à formação cultural do ser humano, oportunizando-se igualdade de acesso. Assinalo, ainda, **a estreita relação de complementaridade deste direito social com a liberdade e a igualdade que devem ser conferidas sob a perspectiva de gênero, a fim de proporcionar, sobretudo à mulher – considerando a sociedade brasileira de gênese e desenvolvimento ainda marcadamente patriarcal –, a possibilidade de ter a liberdade de se inserir ou retornar ao mercado de trabalho de forma isonômica. Em razão da histórica divisão assimétrica da tarefa familiar de cuidar de filhos e filhas, o tema, assim, insere-se também na abordagem do constitucionalismo feminista. Especificamente no âmbito da relação de emprego, ressalto a maior vulnerabilidade da trabalhadora-mãe durante o período da maternidade, devido às contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral**. Dessa forma, na perspectiva axiológica de valorização da maternidade em sua função social, os direitos fundamentais elencados no art. 7º da Constituição de 1988 - entre eles a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário (inciso XVIII), a redução dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII), a estabilidade da gestante garantida no art. 10, II, "b" do ADCT – entrelaçam-se ao imprescindível abraço estatal à proteção da maternidade também na esfera da imprescindível oferta de creche e pré-escola, de forma a concretizar para a mãe uma merecida segurança no exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família**. Interpretar a implementação do direito fundamental à educação como discricionariedade estatal subverte a força normativa da Constituição e, in casu, por se tratar de creche e pré-escola, desequilibra ainda mais a constitucionalmente prevista igualdade de gênero, cuja real concretização ainda é de árdua batalha a ser conquistada"**. (grifo nosso).

leis, jurisprudência, e políticas públicas. O posicionamento exarado pela Ministra Rosa Weber impacta diretamente no gênero, uma vez que tal interpretação leva em consideração os suportes necessários para que a liberdade da mulher seja perfectibilizada, ao passo que, para o homem, o suporte para a liberdade já é garantido, sendo que as legislações e políticas públicas são pensadas por homens e para homens.

Nesse sentido, a criação de vagas em creches impacta, também, na interseccionalidade das mulheres cuidadoras. Repisa-se que tais políticas públicas são ainda mais necessárias às populações vulneráveis e hipossuficientes, uma vez que o direito à educação da criança resta resguardado - possibilitando o rompimento da marginalização social e o acesso às informações -, bem como asseguram que a mãe possa exercer sua liberdade de escolha em relação à sua rotina, proporcionando maiores de chances de especialização e de trabalhos valorizados. Ainda, a política pública mencionada vai ao encontro da imposição social da mãe cuidadora, ampliando a rede de apoio necessária ao empoderamento feminino e à igualdade de gênero.

No âmbito multinível, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) despontam como importantes diretivas, definidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a adesão do Brasil, que redundaram na elaboração da Agenda 2030 de desenvolvimento global.

No que concerne ao julgamento com o olhar da perspectiva de gênero, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, pontua algumas medidas gerais e outras destinadas ao Brasil, como a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e meninas; o reconhecimento e a valorização do trabalho de cuidado não remunerado; a garantia da participação plena nas tomadas de decisões políticas, econômicas e pública; o acesso às informações e tecnologias; o fortalecimento de políticas e legislações para a promoção da igualdade de gênero e empoderamento feminino em todos os níveis (IPEA, 2024).

Na intelecção feminista, o Supremo Tribunal Federal congrega alguns julgados sobre a temática, como no caso de limitação de concorrência feminina em concurso público, assentindo pela impossibilidade de estabelecimento de critérios de distinção entre homens e mulheres[77]; caso de vedação à posse de candidata acometida por câncer, restando assente que tal exclusão incorre em violência de gênero, uma vez que não havia previsão semelhante para a exclusão de candidatos homens[78].

77 Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 1º, §1º, DA LEI 7.823/2014, DO ESTADO DE SERGIPE. LIMITAÇÃO DE CANDIDATAS DO GÊNERO FEMININO EM CONCURSOS PÚBLICOS NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. OFENSA À IGUALDADE DE GÊNERO. 1. **As legislações que restringem a ampla participação de candidatas do sexo feminino, sem previsão legal e legitimamente justificadas, caracterizam afronta à igualdade de gênero**. 2. A norma impugnada possibilita a exclusão da participação de mulheres na concorrência pelo total das vagas oferecidas nos concursos públicos para as carreiras da área de segurança pública do Estado de Sergipe. 3. **As legislações que restringem a ampla participação de candidatas do sexo feminino em concursos públicos caracterizam afrontam o princípio da igualdade (CF, art. 5º). Precedentes específicos desta SUPREMA CORTE**. 4. **A lei não poderá estabelecer critérios de distinção entre homens e mulheres para acesso a cargos, empregos ou funções públicas, inclusive os da área de segurança pública, exceto quando a natureza do cargo assim o exigir, diante da real e efetiva necessidad**e. 5. A participação feminina na formação do efetivo das áreas de segurança pública deve ser incentivada mediante ações afirmativa. 6. A norma impugnada confere espaço interpretativo que permite restrição ao acesso de candidatas do sexo feminino à totalidade das vagas ofertadas, sem qualquer justificativa real e tecnicamente demonstrada. **É vedada a interpretação que legitime a imposição de qualquer limitação à participação de candidatas do sexo feminino nos certames da área de segurança pública estadual**. 7. Ação Direta julgada procedente para conferir interpretação conforme à Constituição, a fim de afastar qualquer exegese que admita restrição à participação de candidatas do sexo feminino. Modulação de efeitos. (ADI 7480, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13-05-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 17-05-2024 PUBLIC 20-05-2024).

78 Direito constitucional e administrativo. Recurso extraordinário. Repercussão geral. **Concurso público. Vedação à posse de candidata que fora acometida por câncer.** 1. Recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, em que se discute a legitimidade da vedação à posse em cargo público de candidato que esteve acometido de doença, mas que não apresenta sintomas atuais de restrição para o trabalho. **No caso concreto, a recorrente obteve aprovação em concurso público, mas foi considerada inapta por ter sido acometida de carcinoma mamário tratado menos de cinco anos antes da avaliação médica admissional**. 2. Eventuais restrições de acesso a cargos públicos devem ser excepcionais e baseadas em justificação idônea, calcada no princípio da legalidade e nas especificidades da função a ser exercida. **A exclusão de candidatos que não apresentam qualquer restrição para o trabalho**

Em se falando de interpretação e aplicação das leis, incumbe ao Poder Judiciário a atuação em consonância com a transformação social – de forma a romper com ciclos tradicionais e concepções estereotipadas, marcadas por práticas de machismo estrutural, desigualdades de gênero e imposições de critérios diferenciados às mulheres na seleção de vagas de emprego ou concursos públicos.

Ressalta-se que no Recurso Extraordinário 886131, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, a diferenciação existente entre homens e mulheres restou assente uma vez que a decisão administrativa que vedou a posse de concurso público à candidata se baseou, somente, em legislações específicas da área de ginecologia e obstetrícia - sem haver previsão de vedação à posse a homens com condições semelhantes, na área urológica ou doenças comuns a ambos os sexos. Dessa forma, a discriminação de gênero repousa na utilização de critérios assimétricos entre os candidatos, vez que para afastamento

---

viola o mandamento do concurso público e o princípio da impessoalidade (CF, art. 37, caput), diante da determinação constitucional de ampla acessibilidade aos cargos públicos e de avaliação com base em critérios objetivos; e o princípio da eficiência (CF, art. 37, II), porque reduz o espectro da seleção e faz a Administração perder talentos. 3. Concursos públicos devem combater desigualdades, corrigir desigualdades e abster-se de praticar desigualdades. O risco futuro e incerto de recidiva, licenças de saúde e aposentadoria não pode impedir a fruição de direito fundamental, especialmente o direito ao trabalho, que é indispensável para propiciar subsistência, emancipação e reconhecimento social. A vedação à posse é, por si só, violadora da dignidade humana, pois representa um atestado de incapacidade capaz de minar a autoestima de qualquer um. 4. **No caso concreto, a decisão administrativa impugnada se fundamentou em norma do Manual de Perícias Médicas específica para as áreas de Ginecologia e Obstetrícia, sem que houvesse previsão semelhante para doenças urológicas ou outras que acometam igualmente homens e mulheres. Ao estabelecer período de carência especificamente para carcinomas ginecológicos, o ato administrativo restringe o acesso de mulheres a cargos públicos, incorrendo em discriminação de gênero.** 5. Provimento parcial do recurso extraordinário, para condenar o Estado de Minas Gerais a nomear e dar posse à recorrente, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: É inconstitucional a vedação à posse em cargo público de candidato(a) aprovado(a) que, embora tenha sido acometido(a) por doença grave, não apresenta sintoma incapacitante nem possui restrição relevante que impeça o exercício da função pretendida (CF, arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, caput, 37, caput, I e II). (RE 886131, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 15-03-2024 PUBLIC 18-03-2024) (grifo próprio).

da candidata, o ato administrativo baseou-se, exclusivamente, em uma doença que se vincula, tipicamente, ao gênero feminino.

Ainda, pode-se destacar a decisão conferida pela Ministra Rosa Weber na ocasião do julgamento da ADPF 442, que tratava sobre a interrupção antecipada da gravidez, na qual pontua que a criminalização do aborto reflete a interseccionalidade, sob as lentes da perspectiva de gênero (STF, 2023):

> [...]
> **A criminalização perpetua o quadro de discriminação com base no gênero, porque ninguém supõe, ainda que em última lente, que o homem de alguma forma seja reprovado pela sua conduta de liberdade sexual, afinal a questão reprodutiva não lhe pertence de forma direta**. Tanto que pouco – ou nada - se fala na responsabilidade masculina na abordagem do tema. E mesmo nas situações de aborto legal as mulheres sofrem discriminações e juízos de reprovação moral tanto do corpo social quanto sanitário de sua comunidade. O impacto desproporcional, em verdade, incrementa o estigma social sobre a mulher que não escolhe pela maternidade como projeto de vida digna, na medida em que a tutela penal vincula imposição de conduta à condição biológica da mulher.
> **[...]**
> **A descriminalização, por outro lado, ao permitir procedimentos seguros à integridade física da mulher, igualmente desvela o véu da discriminação fundada no gênero, ao redirecionar o investimento para políticas de direitos reprodutivos e sexuais. Isto é, em políticas de modernos sistemas de contracepção, saúde com informação adequada, com apoio psicológico e estrutura no planejamento familiar. (grifo próprio).**

No caso em tela, a interseccionalidade atinente à questão do aborto impacta diretamente nas mulheres hipossuficientes, carentes de informações e, que muitas das vezes, vivem à margem da sociedade. Se por um lado a mulher que escolhe a maternidade esbarra em inúmeros estereótipos de gênero, como no trabalho não remunerado no dever de cuidado e na dificuldade de acesso às políticas públicas, como no acesso à creche, por outro lado, aquela que opta pelo aborto é duplamente estigmatizada: seja pela imputação do crime, seja pela insegurança à sua integridade quando é submetida a procedimentos clandestinos.

Não se perde de vista que a tímida evolução jurisprudencial comporta um mosaico interpretativo - sendo inerente a presença de pontos de vista divergentes, nascendo daí a multiculturalidade e a característica multinível inerente aos direitos humanos.

O debate não comporta uma visão homogênea, sendo evidente que o enriquecimento dos discursos advém das trocas de experiências, tecendo novos elementos e pesquisas acerca do tema, tendo em vista sua complexidade e a diversidade de opiniões sobre as temáticas de gênero.

Tem-se que a jurisprudência brasileira vem evoluindo no tocante à aplicação do julgamento com perspectiva de gênero, ainda que de maneira tímida. Certo é que o Protocolo, datado de 2021, ainda conclama um olhar cuidadoso e feminista dos operadores do Direito - tanto daqueles que julgam, quanto daqueles que demandam.

4 CONCLUSÃO

À luz da proteção auferida a partir de diplomas internacionais e de convenções que resguardam o direito das mulheres, é incumbência do Estado o combate de todas as formas de discriminação de gênero, proporcionando políticas públicas e ações afirmativas que possam reduzir as desigualdades, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, como saúde, educação e trabalho.

Nesses olhares expansivos, por certo, não se pode ignorar o lugar de fala das mulheres, nem desconsiderar a perspectiva interseccional que, além do gênero, se vale da cor da pele e da classe social, além de outros fatores como marcadores das desigualdades a serem juridicamente solucionadas.

A pergunta de pesquisa buscava elucidar: De qual forma o direito das mulheres encontra tutela no Brasil, pautando-se pela ótica do constitucionalismo multinível?

Infere-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem se transformando, ainda que de maneira tímida, e moldando-se à ótica multinível dialógica feminista. É possível observar a presença de legislações protetivas, bem como da influência do Protocolo com Perspectiva de Gênero e sua aplicação em julgados brasileiros e o robustecimento de entendimentos no sentido de conferir maior proteção às mulheres, com o olhar necessário e acurado ao grupo.

Em uma visão prospectiva, o tema se denota muito frutífero, sendo que o Direito deve acompanhar os desdobramentos e as demandas sociais. Espaços livres para o diálogo e a inclusão de pautas feministas, bem como a abertura e a inserção da perspectiva feminista em julgados pelas Cortes Superiores e Estaduais fomentam a interação entre os atores, em diferentes níveis.

A instituição de políticas públicas de qualidade, bem como de legislações protetivas feministas podem encontrar amparo no multinível de maneira a angariar mais subsídio à proteção dos grupos vulneráveis. Aqui, pode-se pensar em uma ampliação da investigação e seu desdobramento concernente aos reflexos das interações entre grupos sociais, ou entre poderes estatais, buscando um ponto de equilíbrio e o fortalecimento da tutela reivindicada.

O constitucionalismo feminista multinível é sobre mulheres, para mulheres e por mulheres. Desta forma, o empoderamento das mulheres acerca de suas capacidades e de seus direitos deve ser um dos princípios norteadores para a concretização constitucional comprometida com a igualdade substancial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONIAZZI, Mariela Morales. El estado abierto como objetivo del Ius Constitutionale Commune. **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. 2014.

ARRUDA, Desdêmona Tenório de Brito Toledo. Cultura da Igualdade de Gênero no Brasil - Uma leitura à partir de Raewyn Connell. In.: **Constitucionalismo Feminista**. SILVA, Christine Peter da. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. FACHIN, Melina Girardi (Coord.). Salvador: JusPodvium, 2020. p. 62.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMBI, Eduardo. NOSAKI, Letícia de Andrade Porto. FACHIN, Melina Girardi. Tutela Judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário Brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. **Revista CNJ**. v. 7, n. 1, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453 Acesso em: 09.07.2024.

CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e Direitos Humanos**. Tutela dos grupos vulneráveis. Editora Almedina, 2022. p. 264.

CNJ. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico]** / Conselho Nacional de Justiça. — Brasília : Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **RELATÓRIO N° 54/01.** CASO 12.051.MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES. BRASIL. 4 de abril de 2001. Acesso em: 23 jul.2024. Disponível em: https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm

CORTE IDH. **Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil.** Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf Acesso em: 01 ago. 2024.

CORTE IDH. **CASO GONZÁLEZ E OUTRAS ("CAMPO ALGODOEIRO") VS. MÉXICO.** SENTENÇA DE 16 DE NOVEMBRO DE 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf Acesso em: 01 ago. 2024.

FERNANDEZ, Xavier Diez de Urdanivia. **El Estado en el contexto global.** Porruá: México, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

GONZALEZ. Lelia. **Por um feminismo afro-latino-americano**. Editora Zahar. Org. RIOS, Flávia. LIMA, Márcia. 2014.

HOOKS, bell. **O feminismo é para todo mundo** - políticas arrebatadoras. Editora Rosa dos Tempos. Rio de Janeiro, 2018. 1ª Ed. p. 61.

IPEA. **ODS - 5. Igualdade de gênero**. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods5.html Acesso em: 24 jul.2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 6 ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MÉXICO. **Protocolo para juzgar con perspectiva de género.** Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; fotografía Archivo Ana Victoria Jiménez, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, Universidad Iberoamericana [y otros siete] ; colaboración de Marianela Delgado Nieves [y otros quince] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.

PARANÁ. TJPR - 12ª Câmara Cível - 0019031-19.2022.8.16.0000 - Pato Branco - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 16.11.2022.

PORTO, Leticia de Andrade Porto. Diálogo multinível: O dever de exercício do controle de convencionalidade pelo Ministério Público. Programa de Pós-Graduação em Direito. Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. **Mestrado.** Orientadora: Profª Drª Melina Girardi Fachin. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: Uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 106/107. p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. GOMIDE, Carolina Freitas. Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil. In.: **Constitucionalismo Feminista**. SILVA, Christine Peter da. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. FACHIN, Melina Girardi (Coord.). Salvador: JusPodvium, 2020.

SOUSA, Luana Passos de. GUEDES, Dyeggo Rocha. A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sob a última década. **Estudos Avançados** - USP. v. 30. n. 87. 2016. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/119119 Acesso em: 25 abr. 2024.

STF. **ADPF 442.** Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf 2023. Acesso em: 24 jul. 2024. p. 119.

STF. **RE 886131**, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 15-03-2024 PUBLIC 18-03-2024

_____. **ADI 7480,** Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13-05-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 17-05-2024 PUBLIC 20-05-2024).

_____, **1008166**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22-09-2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 19-04-2023 PUBLIC 20-04-2023.

VOGEL, Klaus. **Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes fur die Internationale Zusammenarbeit**, Tubinge, Mohr, 1964.

A EXTENSÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO PARA ARENA PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA DAS MULHERES

THE EXTENSION OF DOMESTIC WORK TO THE PUBLIC ARENA: AN ANALYSIS OF WOMEN'S EXERCISE OF CITIZENSHIP

Daniella Barbosa Monteiro Santos[79]

Resumo: O patriarcado demanda a hierarquização de papéis de gênero, restringindo mulheres à esfera privada e ao trabalho doméstico, desafiando sua inserção no mercado de trabalho e nos locais de poder políticos. As relações construídas pelas mulheres são afetadas pelo papel de gênero e representam uma extensão do trabalho doméstico, interferindo no exercício de sua cidadania. Uma das dimensões mais relevantes do movimento feminista no Brasil é a contribuição para construção de uma nova experiência de cidadania, forjada na reivindicação da arena pública. O objetivo deste trabalho é investigar os impactos que o trabalho doméstico tem na vida política das mulheres, no que pleiteiam, através da revisão bibliográfica sobre os movimentos sociais femininos do século XX-XXI no Brasil. Não há pretensão de enclausurar os movimentos estudados às pautas domésticas, mas ressaltar sua importância para a mudança da sociedade, dado o caráter estrutural da divisão sexual do trabalho.

Palavras-chave: Trabalho Doméstico; Divisão Sexual do Trabalho; Cidadania; Movimentos Sociais; Gênero.

Abstract: Patriarchy demands the hierarchization of gender roles, restricting women to the private sphere and domestic work, challenging their insertion in the job market and in places of political power. The relationships built by women are affected by gender roles

79 Mestranda com bolsa CAPES do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais na linha de pesquisa Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade. Extensionista com bolsa PROEX na Assessoria Jurídica Universitária Popular - AJUP.

and represent an extension of domestic work, interfering with the exercise of their citizenship. One of the most relevant dimensions of the feminist movement in Brazil is its contribution to the construction of a new experience of citizenship, forged in the demand for the public arena. The objective of this work is to investigate the impacts that domestic work has on women's political lives, as they claim, through a bibliographical review on female social movements of the 20th-21st century in Brazil. There is no intention to confine the movements studied to domestic issues, but to highlight their importance for changing society, given the structural nature of the sexual division of labor.

Keywords: Domestic Labor; Sexual Division of Labor; Citizenship; Social Movements; Gender.

1 INTRODUÇÃO

A divisão sexual do trabalho atribui às mulheres a responsabilidade por lidar com as atividades domésticas dentro do núcleo familiar causando uma desigualdade na realização de trabalhos que são socialmente e culturalmente desvalorizados na sociedade moderna. Dentro do ambiente doméstico, as atividades relacionadas ao cuidado com administração da casa, com a prole, com os idosos, e com a manutenção do casamento são tidas como naturalmente femininas e mascaradas como ato de afeto. Nesse contexto, sua gratuidade prejudica o poder socioeconômico e político feminino, tendo em vista que a sociedade capitalista aprecia o valor do sujeito pelo lucro gerado com o trabalho.

Pierre Bourdieu indica que a divisão entre os sexos está na ordem das coisas, daquilo que é natural a ponto de ser inevitável, ordenando todo o mundo social e funcionando como esquemas de percepção, de pensamento e de ação (Bourdieu, 2002). Dentro dessa lógica binária, o público se torna qualquer atividade política ou voltada ao mercado e o privado os assuntos subjetivos, domésticos e reprodutivos, sendo

aqueles masculinos e esses femininos. Essa ideia que opõe a família (ou a comunidade) à fábrica, o pessoal ao social, e privado ao público, o trabalho produtivo ao improdutivo, é funcional à escravização da mulher dentro de casa (Federici, 2019).

O patriarcado constrói estratégias para designar às mulheres esse encargo e isolá-las no ambiente doméstico, dissimulando que existe uma continuidade do trabalho produtivo e reprodutivo, rompido sob o modo de produção capitalista, que se apropria adequadamente das relações sociais de sexo, raça e classe a serviço de seus interesses (Alves, 2002). No entanto, as mulheres, enquanto protagonistas de sua própria mudança, rompem com os limites impostos pelo capital ao ambiente doméstico, ressignificando-o e ocupando outros espaços e mobilizando-se pela luta de suas demandas. As mudanças produzidas abriram as possibilidades das mulheres se transformarem em cidadãs, o que significa ter existência própria dotada de autonomia e direitos (Ávila, 2002).

As trabalhadoras domésticas, em busca de serem reconhecidas como membros da classe trabalhadora acabam reelaborando, por um lado, vivências sobre questões de gênero, de raça, de geração e até de classe e, por outro, redimensionando significados de construtos do conhecimento feminista, como os de público e privado (Castro, 2019, p.205). Neste movimento, o desafio feminino é enfrentar a divisão sexual do trabalho e o patriarcado, tanto pela extrapolação do ambiente doméstico, tornando-o politizado e conectado com a esfera pública, quanto pela apropriação da cidadania como um posicionamento que pode ser tomado por populações vulnerabilizadas e marginalizadas.

O cerne da cidadania é pensado a partir do homem, branco, europeu, heterossexual, fazendo com que a lógica masculina heteronormativa racista e colonial se estenda por todas as instituições modernas. Além de um esforço político, as mulheres necessitam de um empenho epistemológico radical, uma vez que a cidadania é, na sua origem, um conceito que exclui mulheres (Ávila, 2002).

Assim, a proposta deste trabalho é olhar para o passado como um meio de entender mais claramente os fenômenos (Freire, 1987)

que permeiam o exercício da cidadania feminina no Brasil, buscando identificar através da revisão bibliográfica sobre o tema, quais os impactos que o trabalho doméstico tem na vida pública das mulheres, como ele repercute em suas pautas e posicionamentos políticos.

2 A RUPTURA COM A ESFERA PRIVADA: O TRABALHO DOMÉSTICO FEMININO

A oposição do público e do privado e as atividades pertinentes a cada uma dessas esferas pertence às discussões acadêmicas desde o período grego. À época, o pensamento político grego fundamentava-se na divisão da esfera do público como tudo aquilo que é pertinente à polis e a esfera privada como aquele que contém a família e as atividades restritas à manutenção da vida (Santos, 2012).

Hannah Arendt, uma das filósofas mais influentes do século XX, também se debruça sobre a temática, preocupando-se com a permanência da divisão do que é público e do que é privado, ressaltando a importância da do exercício das ações políticas no ambiente público e do descanso e conforto familiar no ambiente privado (Arendt, 2008). Nesse raciocínio, a mulher não teria oportunidade de participar da vida política dada sua condição subalterna dentro do trabalho reprodutivo. É durante o século XX que o estigma da família tradicional encontra seu ápice:

> A família urbana, que se tornou uma espécie de protótipo universal nos anos 1950, é então o lugar do relacionamento doméstico e da tríade pai-mãe-progenitura. E o trabalho doméstico passa a ser visto como uma atividade privada, não sendo considerado ocupação econômica (Moraes, 2018).

A compreensão do que a divisão sexual do trabalho abrange pode ser feita através da observação atenta e crítica aos comportamentos esperados de uma família "tradicional": a mãe direciona seus esforços ao lar, aos filhos, ao marido e ao matrimônio, posicionando-se de maneira passional, o pai, por sua vez, se dedica ao trabalho fora de casa, não sendo exigido seus esforços dentro do ambiente doméstico e atuaria de maneira racional. O treinamento feminino para atuação no trabalho doméstico é iniciado ainda na infância:

> As representantes do sexo feminino são iniciadas na vida prática pelo aprendizado das tarefas domésticas, que consumiram parcela de sua vitalidade e de seu talento. Esse aprendizado inclui, por sua vez, habilitação manual e intelectual, e o favorecimento de características psicológicas que as tornam mais aptas para o cumprimento de 'suas tarefas'. A mulher é então educada para 'maternar', cuidar dos outros (Moraes, 2018).

Ao contrário do esperado pela sociedade capitalista moderna, tais expectativas são antinaturais, impostas como regra social. O patriarcado, como uma estrutura de poder e sistema de organização social, origina a divisão sexual do trabalho, conceito essencial para compreensão da desigualdade de gênero, uma vez que determina um lugar às mulheres de submissão e inferioridade aos homens dentro das relações laborais (Santos, 2024).

Para garantir sua gratuidade e a continuidade do lucro do capital sobre ele, o trabalho doméstico é restringido à esfera privada, não compartilhado com a sociedade e focado em cada núcleo familiar. As estruturas de poder, principalmente no que tangencia o gênero, se articulam e segregam espaços para determinados sujeitos: o "público" seria o lugar onde a mulher correria o risco de "perder a virtude, ser envolvida em um atordoado e desordenado universo, enquanto para o

homem burguês, o "público" seria o espaço que lhe permitiria despir-se de suas "características de respeitabilidade que se supunha estarem encarnadas na sua pessoa, enquanto marido e pai, no lar" (Castro, 2019). Para além da genérica ideia de público, o espaço político, também não construído para ser destinado à mulher.

De acordo com dados recolhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, na Pesquisa Nacional de Amostras a Domicílio Contínua - PNAD Contínua de 2022, as mulheres brasileiras gastam quase o dobro do seu tempo com o trabalho doméstico não remunerado e cuidados em comparação com os homens:

TABELA 1: Percentual de tempo gasto em trabalho doméstico não remunerado e cuidados, por sexo e grupo de idade

Total	Homens	Mulheres
8,8	5,6	11,7

Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, acumulado de quintas visitas, 2022.

Isso indica que as mulheres quase metade de um dia realizando atividades invisibilizadas que se quer são valorizadas ou consideradas trabalho, enquanto homens, com a mesma necessidade doméstica - ou até maior pela ausência de independência nessa esfera - usufruem do trabalho feminino e não se dedicam na mesma medida. Desde que "feminino" se tornou sinônimo de "dona de casa", as mulheres carregam para qualquer lugar essa identidade e as "habilidades domésticas" que adquirem ao nascer, limitando as possibilidades de emprego, que são tão frequentemente uma extensão do trabalho doméstico (Federici, 2019).

A experiência das mulheres no exercício de suas atividades laborais é atravessada pela servidão e opressão, destinadas a trabalhos domésticos e reprodutivos, tendo acesso dificultado aos cargos de liderança, destaque político ou elaboração científica, reservados à homens pela lógica patriarcal (Santos, 2024). Todavia, enfrentando as estruturas de poder, as mulheres empregam esforços para sua

participação política e o rompimento com os paradigmas de gênero, em busca do exercício da cidadania. A radicalização do projeto democrático exige que a vida cotidiana seja tomada como uma referência para definição da agenda política e para reflexão teórica de quem pensa a transformação social, ressignificando a dicotomia entre público e privado e a hierarquização entre essas esferas da produção e reprodução (Ávila, 2002).

3 A INSERÇÃO NA ESFERA PÚBLICA: MOVIMENTOS SOCIAIS E CIDADANIA DAS MULHERES

A inserção de mulheres em espaços de disputa de poder político e de construção de conhecimento foi complexo de conflituoso, diante das reiteradas responsabilidades que as mulheres detinham dentro do ambiente doméstico. Como exemplo, destaca-se que a presença de meninas nos estabelecimentos escolares de ensino fundamental e médio só foi permitida por lei no Brasil a partir de 1827, o acesso à universidade foi liberado em 1879, mas poucas tinham a coragem de enfrentar os preconceitos então existentes com relação às mulheres com curso superior (Moraes, 2018).

A inserção no mercado de trabalho ocorreu em respostas às demandas capitalistas por exércitos de reserva, mas ainda permanece sendo limitada pelo trabalho doméstico realizado gratuitamente. O serviço ofertado às mulheres é uma extensão do trabalho doméstico, e por isso, é mal remunerado, haja vista que os empregos domésticos não eram considerados trabalhos "de verdade" ou emprego significativo (Hooks, 2018). Fica evidente que há a interferência do âmbito doméstico na experiência pública e laboral feminina, dado que a inserção das mulheres na esfera produtiva depende tanto das condições e exigências do mercado quanto da maior ou menor disponibilidade de sua situação familiar (Moraes, 2018).

Mesmo assim, ao longo do século XX, principalmente a partir da gradual inserção da mulher no mercado de trabalho, elas também

se sindicalizam e se organizam pleiteando direitos trabalhistas. Especialmente as mulheres que são mais pobres que os homens, ganham menores salários e assumem maiores responsabilidades familiares e domésticas constituem um dos segmentos que mais se destacam na luta pela universalização dos direitos sociais, civis e políticos (Moraes, 2018).

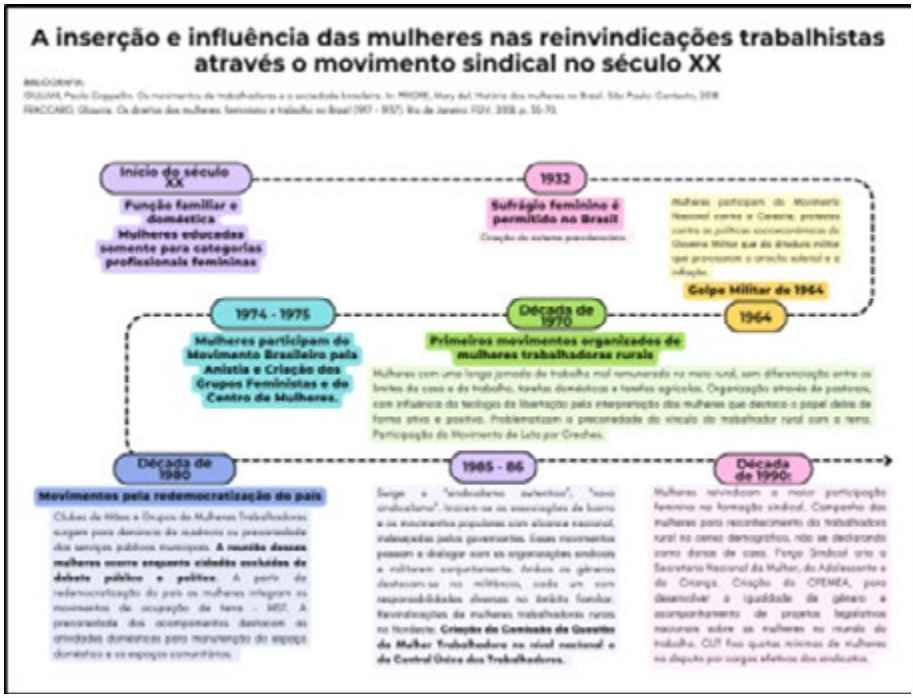
A vista disso, as lutas sindicalistas femininas demonstram a necessidade de situar a questão de gênero e da desigualdade social nas suas atividades. Os nomes dos grupos protagonizados por mulheres ressaltam a vontade de articular os dois mundos, como é o caso do "Movimento de Mulheres Trabalhadoras", título que une os dois papéis sociais que até pouco tempo eram considerados opostos quanto ao presumido bem-estar da família (Giulani, 2018).

O movimento feminista negro se insere de forma fundamenta na luta por direitos trabalhistas uma vez que as mulheres negras, ao contrário da luta pleiteada pelo feminismo branco pelo direito à independência através do trabalho, sempre trabalharam e foram exploradas violentamente. Portanto, interseccionalidade com a raça se torna indispensável para compreensão das opções políticas das mulheres:

> Consideram, no entanto, que o vetor básico do trabalho sindical são as relações de exploração próprias do serviço doméstico. Não lhes atrai o debate sobre o trabalho doméstico como privativo do gênero feminino e tendem a uma maior lealdade com o movimento negro do que com o movimento feminista, em especial porque aquele lhes proporciona uma referência, uma ancestralidade, uma história que não descobrem neste. Uma história que se confunde com a história dos dominados. Nas relações sociais de classe, ser negro é ser pobre, já ser mulher pode também significar ser patroa, o outro polo de oposição" (Castro, 2019).

Analisando amplamente um histórico do século XX, destacam-se os seguintes movimentos sociais femininos:

IMAGEM 1: A inserção e a influência das mulheres das reivindicações sociais e trabalhistas no Brasil do século XX.



Fonte: imagem criada pela autora com base nas referências bibliográficas Giulani, 2018 e Fraccaro, 2018.

Para as mulheres, as reivindicações sindicais e o universo do trabalho é visto como uma extensão da sua responsabilidade como cidadãs e atrelado às responsabilidades domésticas e reprodutivas. Suas ambições se diferem por precisarem cumprir com um papel familiar maior do que os homens, não visando tanto sua carreira profissional individual, mas sim a melhora de vida da comunidade como um todo. Destaca-se que os movimentos sociais urbanos ocorreram sobretudo na esfera do bairro, território no qual a mulher tem amplos poderes, lutando por demandas como coleta de lixo, segurança das crianças, creche, escola e alimentação, que foram responsáveis por boa parte das

mobilizações dos anos 1980 e estão diretamente ligadas aos interesses e responsabilidade da moradora de um bairro (Moraes, 2018).

As organizações sindicais femininas têm um estilo próprio, influenciadas pela percepção de que seu sucesso é um contínuo desafio individual e pessoal de cada uma de suas participantes. Suas pautas demonstram as disparidades entre os recursos econômicos e culturais existentes entre os gêneros. A questão da classe passa a ter dois sexos quanto reconhece que o gênero influencia na experiência da mulher dentro do mercado de trabalho.

Assim, as mulheres sindicalizadas questionam a definição dos seus direitos, valorizam leis e normas como recursos na sua militância, apontam abusos morais e sexuais dentro do ambiente de trabalho, exigem igualdade salarial e das responsabilidades dos companheiros dentro do contexto familiar. O dilema permeia as possibilidades de uso dos direitos conferidos pelo Estado sem fomentar uma dependência crescente do mesmo, afinal, o projeto histórico do Estado não pode coincidir com o projeto de restauração e proteção da autonomia comunal e do tecido comunitário, uma vez que é contraditório afirmar que as comunidades têm direito à autonomia e, ao mesmo tempo, afirmar que os grupos vulneráveis dessas comunidades devem contar com o Estado e suas leis para se defenderem quando forem prejudicados (Segato, 2022).

Por muito tempo a discriminação sofrida pelas mulheres dentro do movimento socialista, anarquista e sindical foi marcada pela reafirmação dos papéis de gênero dentro do âmbito familiar, como se elas não pudessem participar do mundo do trabalho e da discussão política. No entanto, as mulheres sempre foram vistas como ferramenta fundamental para "revolução" e mudanças sociais dado sua numerosa presença no mercado de trabalho e na criação das crianças, o futuro da mão de obra disponível.

5 CONCLUSÃO

Apesar da história ser continuamente contada a partir da perspectiva masculina, fazendo com que haja mais registros de lideranças masculinas serem mais frequentes, as mulheres sempre participaram e se organizaram nas reivindicações políticas e trabalhistas, dentro ou fora das organizações sindicais. As queixas e os relatos sobre a discriminação e a segregação sexual saem das paredes domésticas em que até então estavam enclausuradas e dão conteúdo para denúncias e demandas de novos direitos (Giulani, 2018).

Sua invisibilização advém de uma tentativa de reduzir a participação feminina no mercado de trabalho e pela reafirmação da estrutura patriarcal. As péssimas condições de vida e de trabalho que mulheres e crianças passaram deram força para que a população marginalizada se organizasse em busca de justiça social e melhores condições de trabalho. Logo, a organização política feminina simboliza mais do que a liberdade das mulheres, mas também uma representação da possibilidade de luta por direitos e questões que antes eram consideradas tabus, não fomentavam o debate público e político e sequer permeavam as pautas estatais.

Ressalta-se que é preciso considerar que a esfera doméstica é um espaço ontológico e politicamente completo, com política e sociabilidade próprias, e mesmo que hierarquicamente inferior à esfera pública, seja capaz de autodefesa e autotransformação (Segato, 2022). O princípio individualista fomentado pelo capitalismo vai de encontro às relações possíveis de serem construídas através das relações de trabalho reprodutivo que rompam com as fronteiras do ambiente privado. A lógica racista e patriarcal dessas atividades está a serviço de um raciocínio colonial de trabalho.

Sem jamais abdicar das questões específicas do gênero, como aborto, direitos da maternidade. igualdade salarial, o movimento das mulheres, tal como acontecera na época da ditadura Vargas, foi o primeiro a levantar a bandeira da anistia política, atuando em seguida em conjunção com as demais forças e movimentos que compunham

a oposição à ditadura militar instaurada em 1964 (Moraes, 2018). As mulheres atuaram sendo pioneiras nas demandas sociais, rompendo as barreiras do ambiente privado e exercendo sua cidadania de maneira consciente e dinâmica, enxergando seu contexto como uma esfera politizada.

A participação feminina contribui para a construção "de uma consciência de que qualquer definição dos papéis, da imagem, da identidade e dos códigos de comportamento da mulher, é instável e transitória, já que tais concepções culturais são o resultado do confronto entre os valores dominantes e os anseios de mudança" (Giulani, 2018). O exercício da cidadania para as mulheres através de suas demandas domésticas, mas já apontam para a ressignificação do espaço político, do uso de ferramentas do Estado em busca de atenção às suas necessidades e de proposição de uma lógica que desafia a divisão sexual do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Alice Rangel de Paiva; HIRATA, Helena Hirata; LOMBARDI, Maria Rosa. **Gênero e trabalho no Brasil e na França: Perspectivas interseccionais**. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 37-46.

ARENDT, H. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BARRAGÁN; LANG; CHÁVEZ; SANTILLANA. Pensar a partir do feminismo: críticas e alternativas ao desenvolvimento. In: Heloisa Buarque de. **Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais.** Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020, p. 216-239.

BERNARDINO-COSTA, J. Decolonialidade e interseccionalidade emancipadora: a organização política das trabalhadoras domésticas no Brasil. **Sociedade e Estado**, v. 30, n. 1, p. 147–163, jan. 2015.

BOURDIEU, Pierre, **1930-2002 A dominação masculina/**Pierre Bourdieu; tradução Maria Helena Kühner. - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento: contribuições ao feminismo negro. In: Heloisa Buarque de. **Pensamento feminista hoje: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, p. 271-292.

CASTRO, Mary Garcia. Mulheres sindicalizadas: classe, gênero, raça e geração na produção de novos sujeitos políticos, um estudo de caso. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

CASTRO, Susana. Condescendência: estratégia pater-colonial de poder. In: Heloisa Buarque de. **Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020, p. 141-153.

FEDERICI, Silvia. Calibã e a Bruxa – mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017.

FRACCARO, Glaucia. **Os direitos das mulheres: feminismo e trabalho no Brasil (1917 – 1937)**. Rio de Janeiro: FGV, 2018, p. 35-70.

GIULANI, Paola Cappellin. Os movimentos de trabalhadoras e a sociedade brasileira. In: PRIORE, Mary del. História das mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2018.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. A classe operária tem dois sexos. In: **Estudos Feministas**, v. 1, ano 2, p. 93-100, 1994.

LAVINAS, Lena. **As Mulheres no Universo da Pobreza: o caso brasileiro.** Revista Estudos Feministas, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 464, 1996. DOI: 10.1590/%x. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16816. Acesso em: 10 abr. 2024.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado**. São Paulo: Cultrix, 2019.

MORAES, Maria Lygia. Cidadania no feminino. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. **História da cidadania.** São Paulo: Contexto, 2018, p. 495-515.

NASCIMENTO, Beatriz. A mulher negra no mercado de trabalho. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto.** Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

OLIVEIRA, Carolina Bessa Ferreira de; MENDES, Gilene Pinheiro da Silva. Mulher, educação e movimento sindical no Brasil: reflexões interseccionais. **Linhas Críticas**, Brasília, v. 27, e34726, 2021. Disponível em <http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-04312021000100108

&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 08 ago. 2024. Epub 26-Fev-2021. https://doi.org/10.26512/lc.v27.2021.34726.

ROSA, Waldemir. Sexo e cor/raça como categorias de controle social: uma abordagem sobre as desigualdades socioeconômicas a partir dos dados do retrato das desigualdades de gênero e raça - terceira edição. In: **Faces da Desigualdade de Gênero e Raça no Brasil**. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3092.

SANTOS, Daniella Barbosa Monteiro. A INTERSECÇÃO DE RAÇA E GÊNERO NA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO: INTERFERÊNCIAS NO EXERCÍCIO DE DIREITOS ECONÔMICOS DAS MULHERES. In: **Anais do VIII Seminário Discente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Minas Gerais.** Campina Grande: Editora Amplla, 2024.

SANTOS, S. V. A RELAÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: UM ESTUDO INICIAL NO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT. **Revista Inter-Ação**, Goiânia, v. 37, n. 2, p. 223–236, 2012. DOI: 10.5216/ia.v37i2.20717. Disponível em: https://revistas.ufg.br/interacao/article/view/20717. Acesso em: 8 set. 2024.

SEGATO, Rita. Gênero e colonialidade: do patriarcado comunitário de baixa intensidade ao patriarcado colonial-moderno de alta intensidade. In: **Crítica da colonialidade em oito ensaios: e uma antropologia por demanda**. Tradução: Danielli Jatobá e Danú Gontijo. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo. 2022.

TRONTO, Joan. Indo além da lógica dos cuidados protetivos e de riquezas. In: RAMOS; NICOLI; ALKIMIN. **Diversidade sexual e de gênero – o Direito pensado por mulheres e pessoas LGBTQIA+**. Belo Horizonte: Dialética, 2023, p. 41-60.

VIEIRA, R. S. C. Trabalho e cuidado no Direito: perspectivas de sindicatos e movimentos feministas. **Estudos Avançados**, v. 34, n. 98, p. 57–72, jan. 2020.

WOOD, Ellen Meiksins. **A origem do capitalismo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

OS DESAFIOS PARA A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO PELA VIA LEGISLATIVA NO BRASIL: UM OLHAR COMPARADO ENTRE ARGENTINA, BRASIL E URUGUAI

CHALLENGES OF LEGALIZING ABORTION THROUGH LEGISLATIVE MEANS IN BRAZIL: A COMPARATIVE ANALYSIS OF ARGENTINA, BRAZIL, AND URUGUAY

Milena Coelho Angulo[80]

Alana Carvalho Miranda[81]

Resumo: Após décadas de mobilização feminista, a prática do aborto legal e seguro foi, gradativamente, sendo legalizada ao redor do mundo. No caso latino-americano, após os recentes processos de redemocratização, a temática da liberdade da mulher em decidir sobre seus direitos reprodutivos tornou-se fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Assim, Estados como Argentina e Uruguai aprovaram, pela via legislativa, a legalização do aborto, permitindo a interrupção voluntária da gravidez. No caso brasileiro, o país vai na contramão de seus vizinhos: o aborto ainda é criminalizado, bem como há projetos de lei em andamento que buscam endurecer as penas para aquelas que praticam a interrupção da gravidez. Tal cenário levanta a importante questão: quais são os entraves para a legalização do aborto pela via legislativa? Assim, em perspectiva comparada, busca-se entender as principais barreiras

80 Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestranda em Constitutionalism, Comparativism and Jurisprudence pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFMG. Pesquisadora do "Constituições: Centro de Constitucionalismo e Comparativismo" e do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição (CJT/UFMG).

81 Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestranda em European Studies pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFMG. Pesquisadora Discente do Centro de Excelência Europeu da UFMG.

dentro do Congresso Nacional brasileiro para aprovação de lei que permita a interrupção voluntária da gravidez.

Palavras-chave: Direitos Reprodutivos; Aborto; América Latina; Conservadorismo.

Abstract: After decades of feminist mobilization, the practice of legal and safe abortion has gradually been legalized around the world. Following recent democratization processes in Latin America, the debate over women's freedom to decide about their reproductive rights has become essential for the consolidation of the Democratic Rule of Law. Thus, countries like Argentina and Uruguay have legalized abortion through legislative means, allowing the voluntary termination of pregnancy. In the case of Brazil, the country moves in the opposite direction of its neighbors: abortion is still criminalized, and there are ongoing bills aimed at increasing penalties for those who perform the procedure. This scenario raises an important question: what are the obstacles to the legalization of abortion through legislative means? From a comparative perspective, this study seeks to understand the main barriers within the Brazilian National Congress to the approval of a law that allows the voluntary termination of pregnancy.

Keywords: Reproductive Rights; Abortion; Latin America; Conservatism.

1 INTRODUÇÃO

O clamor pela proteção dos direitos reprodutivos das mulheres não é uma temática nova. Desde o início do século XX, reivindicações para a elaboração de políticas públicas de planejamento familiar e amplo acesso aos métodos anticoncepcionais tem sido levantadas por mulheres ao redor do mundo, sobretudo por grupos ativistas feministas (Barrancos, 2022). Não obstante, nas últimas décadas, a prática do aborto legal, seguro e informado invadiu as discussões nas arenas públicas e privadas, sendo tratada não somente como um

clamor pela liberdade reprodutiva das mulheres, mas também como uma questão de saúde pública e igualdade racial.

Assim, após décadas de lutas feministas, sobretudo por meio da ampla articulação social e participação nos principais fóruns internacionais acerca dos direitos reprodutivos (como a Conferência do Cairo e a Conferência de Pequim), a prática do aborto legal e seguro foi, de forma gradativa, porém lenta, sendo legalizada ao redor do mundo. Tratou-se de uma importante evolução no que tange à garantia dos direitos reprodutivos das mulheres, embora, em regra, persista a criminalização e penalização da interrupção voluntária da gravidez na grande maioria dos Estados.

O direito ao aborto insere-se na categoria dos direitos reprodutivos, que podem ser conceituados como a liberdade de optar ou não pela reprodução, pela manutenção da gravidez e pelo livre exercício da maternidade[82]. Ademais, os direitos reprodutivos abarcam o amplo acesso à informação acerca da sexualidade e da reprodução, por meio de políticas públicas e educacionais. Por fim, tem-se também a garantia à saúde reprodutiva, tanto pelos serviços de saúde públicos como privados, bem como o acesso ao planejamento familiar, aos métodos contraceptivos, aos tratamentos para fertilização e acompanhamento médico no período pré e pós-natal.

Ressalta-se que a proteção aos direitos reprodutivos pode ser encontrada em diversos documentos internacionais, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)[83] e o Plano de Ação da Conferência do

82 É importante ressaltar que, embora os direitos reprodutivos muitas vezes se relacionem com os direitos sexuais, trata-se de garantias diferentes. O exercício da sexualidade independe da reprodução, ou seja, a sexualidade deve ser exercida sem que haja a obrigatoriedade da concepção e gestação. Ademais, a reprodução nem sempre está atrelada à sexualidade, uma vez que existem métodos de concepção sem a relação sexual, como é o caso da reprodução assistida (Gomes, 2021, p. 5).

83 Embora o texto da Convenção não trate explicitamente dos direitos sexuais (ainda que o artigo 11, f proteja a salvaguarda do direito reprodutivo às mulheres inseridas em ambientes de trabalho), a exposição de motivos da Convenção atesta que "ao contrário de outros tratados de direitos humanos, esta convenção está preocupada com a dimensão da reprodução humana, bem como com o impacto de fatores sociais

Cairo[84]. Ainda, o plano de ação formulado no âmbito da Conferência de Pequim, de 1995, compreendeu que é dever dos Estados assegurar educação reprodutiva, bem como garantir o acesso ao tratamento da saúde reprodutiva das mulheres, além da proteção da liberdade "de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violência".

Sendo assim, tais documentos reforçam que a proteção aos direitos reprodutivos foi um compromisso assumido pelos Estados no âmbito das Nações Unidas, de forma que a proteção estatal - incluindo o direito ao aborto legal e seguro - é essencial para garantir o alcance dos objetivos firmados no âmbito internacional.

No caso da América Latina, após os processos de transição política e redemocratização no período pós-ditatorial, a temática da liberdade da mulher em decidir acerca da concepção e continuidade da gravidez se tornou importante discussão para a consolidação do Estado Democrático de Direito e de um constitucionalismo centrado na proteção dos direitos humanos. Ressalta-se, portanto, que para além do compromisso internacional, os ordenamentos jurídicos internos se comprometeram com a proteção da desigualdade de gênero e da liberdade sexual e reprodutiva.

Nessa esteira, Estados latino-americanos como a Argentina (Ley 27610/2020) e o Uruguai (Ley 18.987/2012) conseguiram aprovar, pela via legislativa, a legalização do aborto, de forma segura e informada, revogando assim os antigos tipos penas que puniam mulheres pela prática da interrupção da gravidez. Contudo, na contramão de outros Estados democráticos, o Brasil ainda possui grande resistência legislativa para a aprovação de lei revogando o crime de prática do aborto. Ao contrário, a última década foi marcada pelo aumento de projetos de lei e projetos de emenda constitucionais que

nas relações de gênero". Nesse sentido: https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm, acesso em: 17 ago. 2024. Tradução nossa.

84 O Princípio 4 consagrou a importância da proteção dos direitos das mulheres, tendo em vista que "a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento".

visam endurecer, ainda mais, a punição de mulheres que buscam a interrupção voluntária da gravidez.

Assim, o presente trabalho busca analisar quais são os entraves, dentro do Poder Legislativo brasileiro, para a legalização do aborto. Para tal, busca-se a metodologia do direito comparado. Embora se reconheça que cada país possui suas peculiaridades sociais, políticas, econômicas e culturais, o comparativismo é ferramenta útil para traçar estratégias dentro do campo jurídico e político. Não obstante, a escolha por analisar o processo de aprovação de leis que legalizaram a interrupção voluntária do aborto na Argentina e no Uruguai se dá pela proximidade política e histórica destes Estados com o Brasil. Assim, acredita-se que a análise comparada do Poder Legislativo do Brasil, da Argentina e do Uruguai poderá lançar luz nos problemas internos do legislativo brasileiro.

Por fim, esta pesquisa não busca esgotar todos os entraves para a legalização do aborto pela via legislativa no Brasil. Em realidade, ao longo do texto, restará demonstrado que uma série de fatores acabam afetando o papel decisório dos deputados federais e senadores. Contudo, acredita-se que a presente pesquisa contribuirá para a formação de um diagnóstico acerca das dificuldades legislativas para o avanço de direitos reprodutivos no Brasil.

2 O PODER LEGISLATIVO E A DISCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NA AMÉRICA LATINA

Desde a conquista do voto feminino, do divórcio, da inclusão de mulheres no mercado de trabalho até a promulgação de leis contra violência doméstica, o movimento feminista atuou de forma árdua para garantir a gradativa conquista de direitos às mulheres, por tanto tempo negados numa cultura patriarcal. Da mesma forma, a garantia do aborto legal e seguro tem sido uma das maiores reinvindicações dos grupos feministas, sobretudo a partir da segunda metade do século

XX. Assim, o século passado foi marcado por uma luta constante para garantir maior emancipação dos sujeitos.

A conjuntura das ditaduras militares paralisou diversos projetos e lutas em andamento na América Latina. Contudo, o mesmo cenário político acabou por impulsionar a resistência e mobilização política de grupos feministas, que se iniciou com ativismo a favor da anistia dos presos políticos e da busca pelos desaparecidos, e evoluiu para reivindicações a favor dos direitos humanos de grupos marginalizados (Barrancos, 2022, p. 189). Assim, com o fim das ditaduras e o início das transições políticas para a democracia, viu-se uma ascensão em massa dos movimentos sociais e uma mobilização para a garantia de direitos humanos das mulheres.

Nesse contexto, o direito ao aborto entrou em cena não apenas como uma questão de proteção de gênero, mas uma pauta de saúde pública, de igualdade racial e igualdade econômica. É importante relembrar que as novas democracias surgiram com o compromisso aos diversos tratados internacionais de direitos humanos, bem como buscaram inserir em seus textos constitucionais a necessária proteção de grupos em situação de vulnerabilidade. Assim, mais que uma reivindicação política, a busca pelo aborto legal e seguro se tornou essencial para garantir os próprios objetivos traçados pelas democracias em construção.

Nessa esteira, é possível afirmar que países como Brasil, Uruguai e Argentina levaram adiante reformas legislativas para garantir maior igualdade de gênero, liberdade sexual e proteção contra violência doméstica. Contudo, as discussões sobre o aborto sempre foram marcadas por diversos elementos éticos, morais e religiosos. Tradicionalmente, há uma maior dificuldade na consolidação dos direitos reprodutivos, pois a esfera reprodutiva sempre esteve associada às ideias de maternidade e de família (Gomes, 2021). Ou seja, ainda que seja possível avançar em diversos direitos da mulher, os direitos reprodutivos possuem um maior obstáculo, já que concepções tradicionais, geralmente defendidas por grupos religiosos

e conservadores, constituem um grande entrave para a legalização da prática do aborto.

Entretanto, é inegável que o aborto se tornou pauta social e midiática, e inflamou os ambientes públicos e privados. Não restou outra opção para os Estados latino-americanos: todas as esferas do poder passaram a debater o tema e buscar soluções de como lidar com um dos mais importantes temas no que tange aos direitos das mulheres.

Atualmente, Argentina, Colômbia, Uruguai, Cuba, México, Guiana e Guiana Francesa descriminalizaram a prática do aborto, embora cada país possua legislação própria definindo prazo para realização do procedimento, acesso aos serviços de saúde e deveres assistenciais por parte do Estado. Assim, ainda que prevaleça discurso conservador nos debates acerca do aborto, isto não impediu que a reivindicação de garantias reprodutivas por grupos feministas e outros defensores de direitos humanos resultassem no atendimento de seus clamores.

De forma contrária, o Brasil permite o aborto somente em casos específicos[85], sendo a criminalização da prática a regra geral. Ademais, a maior parte dos projetos de lei propostos na última década que versam sobre a temática do aborto buscam aumentar a criminalização da interrupção voluntária da gravidez[86]. Isto ficou mais evidente nos anos recentes, com a eleição de líderes ligados aos setores mais conservadores e religiosos, potencializando o empecilho

85 Segundo o art. 128 do Código Penal Brasileiro, não se pune a prática do aborto necessário, quando a vida da mãe corre perigo, ou em casos de gravidez decorrente do crime de estupro. Não obstante, após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54, passou a ser permitida a prática do aborto em casos de feto anencéfalo, isto é, quando o feto não desenvolve completamente o cérebro, tornando sua vida inviável.

86 Em pesquisa feita pela Revista Az Minas, entre 2011 e 2021, foram propostos 69 projetos de lei que versam sobre o tema do aborto. Destes, 84% buscam aumentar a criminalização da interrupção voluntária da gravidez. Por sua vez, apenas um único projeto (PL 882/2015) busca descriminalizar a prática do aborto. Nesse sentido, ver: https://azmina.com.br/reportagens/so-um-pl-propos-a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil-na-ultima-deca da/, acesso em: 3 set. 2024.

para o progresso de temas envolvendo direitos humanos de grupos tradicionalmente marginalizados.

Atualmente, a temática do aborto está em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF). Em 2012, o tribunal permitiu a prática do aborto em casos de feto anencéfalo, em que a vida se torna inviável fora do útero por conta do não-desenvolvimento do cérebro. Embora tenha se tratado de um importante avanço na garantia do aborto legal, as críticas se concentram na ausência de legitimidade do Poder Judiciário em legislar sobre o tema. Entretanto, atualmente, está em tramitação a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que busca a legalização do aborto até a 12ª semana em qualquer ocasião.

A ADPF foi proposta em 2017 e, até o momento, apenas a ex-Ministra do STF e então relatora do caso, Rosa Weber, proferiu voto. Em primeiro lugar, a então Ministra, após listar uma série de casos julgados por Supremas Cortes e Cortes Internacionais, entendeu que a tendência do constitucionalismo global é tratar o aborto não como um tema moral, mas como um tema de direitos humanos e saúde pública (Supremo Tribunal Federal, 2023, p. 97). Ainda, entendeu que há uma lacuna entre a finalidade da tutela penal e da prática substantiva, já que a criminalização do aborto não diminui a quantidade de procedimentos realizados de forma ilegal, mas tão somente nega assistência à mulher e negligência sua saúde reprodutiva (Supremo Tribunal Federal, 2023, p. 102). Assim, entendeu pela não recepção pela Constituição Federal dos arts. 124 a 126 do Código Penal, de forma que deve ser excluído de seu âmbito a penalização do aborto até a 12ª semana de gestação.

O presente trabalho não busca problematizar a assunção de prática legislativa pelo Supremo Tribunal Federal, tampouco pretende compreender a linha tênue entre omissão legislativa e ativismo judicial. Entretanto, é inegável que o deslocamento da discussão acerca da legalização do aborto para o Poder Judiciário revela um déficit do legislativo no que tange à proteção dos direitos reprodutivos, motivo pelo qual o movimento feminista tem buscado cada vez mais a via judicial para garantir seus direitos humanos.

Assim, o cenário brasileiro levanta uma série de questionamentos: por que o Brasil, ao contrário de seus países vizinhos, não conseguiu avançar nas discussões acerca do aborto? Diferentemente do que ocorreu na Argentina e no Uruguai, por qual motivo os projetos atualmente em tramitação visam dificultar ou mesmo proibir completamente o acesso ao aborto no país? Esses questionamentos levam, inevitavelmente, à necessária análise das dificuldades para a legalização do aborto, no Brasil, por meio do Poder Legislativo.

Para tanto, de forma comparada, é importante verificar como se deu o processo de aprovação da legalização do aborto em outros países, a fim de verificar semelhanças e diferenças com o Brasil e, ao fim, verificar se tais nuances se aplicam ou não ao Brasil. Assim, valendo-se do exemplo dos vizinhos Uruguai e Argentina, busca-se enumerar quais os fatores chaves para a permanência do aborto enquanto crime no Brasil, bem como levantar possíveis soluções para o problema.

2.1 URUGUAI: UM TERRENO FÉRTIL PARA MUDANÇAS SOCIAIS

O Uruguai foi o segundo país da América Latina e o primeiro da América do Sul a garantir a prática do aborto de forma legal e segura. Em 2012, ano em que foi aprovada a Lei 18.987/2012, o Uruguai possuía terreno fértil para discussões e avanços na temática de direitos humanos: à época, José Pepe Mujica estava à frente do Poder Executivo, e contava com o apoio da Frente Ampla, coalizão de partidos com agenda progressista, que formavam maioria no Congresso Nacional (Fonseca, p. 68).

Isto não significa, porém, que não houve disputas acerca do aborto legal e seguro dentro do Poder Legislativo. Tradicionalmente, o Partido Nacional e o Partido Colorado assumem posição contrária à despenalização do aborto, baseando-se na ideia de que o direito à vida surge com a concepção (Johson, Nick et al., 2015, p. 25). Não obstante, as eleições presidenciais de 2009 contaram com a oposição do candidato à presidência, Luís Alberto Lacalle (Partido Nacional),

que levou adiante campanha fundamentada nos valores morais, no fortalecimento da família tradicional e o comprometimento com a manutenção da penalização da prática do aborto (Silva, p. 11).

Portanto, é possível afirmar que o Partido Nacional tentou captar base eleitoral mais tradicional, como os setores religiosos, por meio de discurso conservador. Ressalta-se que o Partido Nacional foi o grande responsável por garantir a oposição aos projetos legislativos levados adiante pela Frente Ampla, ainda que insuficiente para impedir a aprovação de projetos de lei da agenda amplista.

Contudo, diferentemente do caso brasileiro, verificou-se que as discussões acerca do aborto não giraram, majoritariamente, em torno de temas religiosos. Ainda que os setores cristãos sejam responsáveis por apoiar partidos mais conservadores, o Poder Legislativo do Uruguai não conta com a presença oficial de representantes das diversas igrejas cristãs. Trata-se, assim, de uma política laica, ainda que os deputados e senadores possuam suas crenças pessoais.

Segundo Silva (2018, p. 2-9), a baixa influência religiosa no Uruguai se dá por motivos históricos: a ausência de interesse da Coroa Espanhola em colonizar o território uruguaio, num primeiro momento, levou à reduzida e tardia presença de jesuítas e de outros representantes da Igreja Católica no território. Ademais, as medidas anticlericais tomadas à frente pelos militares durante a segunda metade do século XIX foram essenciais para garantir a separação entre Estado e Igreja. Não obstante, o próprio presidente Pepe Mujica reafirmava que seu governo se dava por meio da separação entre Igreja e Estado.[87]

87 Um famoso exemplo da separação entre religião e política durante o governo de Pepe Mujica se deu na cerimônia de consagração do Papa Francisco, o primeiro líder máximo da Igreja Católica da América Latina, que rompeu com a tradição secular de eleição de líderes católicos europeus. No ato da entronização de Francisco, o então presidente Pepe Mujica decidiu não comparecer à cerimônia, enviando seu vice, Danilo Astori, em seu lugar. A justificativa para a ausência do presidente se deu pela separação do Estado e da Igreja, portanto, não seria oportuno enviar o Chefe de Estado à cerimônia. Nesse sentido: O GLOBO. Primeira-dama explica ausência de Mujica: 'No Uruguai, a Igreja está separada do Estado'. Publicada em 19 de março de 2013. Disponível em: https://oglobo.globo.com/mundo/primeira-dama-explica-

Ou seja, a retirada de discussões religiosas dentro do Poder Legislativo uruguaio permitiu que fosse possível entrar em pauta a legalização do aborto, ainda em 2012, bem antes dos demais países latino-americanos. Vale ressaltar que, de fato, não é possível afirmar que não existem setores conservadores dentro da política uruguaia. Contudo, verifica-se que até os dias atuais os maiores opositores da legalização do aborto são as igrejas e outras entidades religiosas (Biroli, 2020).

Portanto, a junção de uma política laica e o cenário político favorável permitiu que o Uruguai fosse o primeiro país da América do Sul a legalizar o aborto. Ressalta-se que a composição do Congresso Nacional majoritariamente pela Frente Ampla foi essencial para garantir maioria de votos favoráveis. Ressalta-se que nos últimos anos, tem-se uma ascensão grande da extrema direita no Uruguai, após 15 anos da Frente Ampla no poder (Vasquez et al, 2019). Tal cenário não é tão favorável para o avanço de direitos reprodutivos, na medida em que a extrema direita possui projeto mais conservador. Portanto, é possível afirmar que o cenário político extremamente favorável no ano de 2012 foi essencial para que a descriminalização do aborto pudesse acontecer.

2.2 ARGENTINA: DA TRADIÇÃO CATÓLICA ATÉ O MOVIMENTO NI UNA MENOS

Diferentemente do que ocorre no Uruguai, em que a separação entre Estado e religião é bastante marcante, a Argentina possui séculos de tradição cristã-católica. Até os dias atuais, a religião Católica Apostólica Romana continua sendo a oficial no país, conforme determinado no art. 2º da Constituição da Argentina (ainda que exista a proteção da liberdade religiosa, conforme arts. 14 e 20 do próprio texto constitucional).

ausencia-de-mujica-no-uruguai-igreja-esta-separada-do-estado-7881766. Acesso em: 29 ago. 2024.

Por tais motivos, a presença de religiosos na política representou, por muitos anos, um grande impedimento para a aprovação de lei que garantisse a prática do aborto de forma legal e segura. Até o final da década de 1990, apesar da grande mobilização social dos grupos feministas, dois fatores contribuíram para a permanência do aborto enquanto crime no país: o mandato presidencial de Carlos Menem e a configuração partidária religiosa e conservadora do Congresso Nacional argentino (Sanchez, 2023, p. 7).

Embora o ativismo feminista tenha permanecido vivo durante toda a década de 2000, o ponto de virada se deu após a eclosão do movimento Ni Una Menos, em 2015. Inicialmente, o movimento buscou denunciar os altos índices feminicídio[88], contudo, rapidamente evoluiu para uma mobilização em massa para desafiar todas as barreiras impostas pela cultura patriarcal (Barrancos, 2022, p. 215). Assim, adeptas ao movimento passaram a advogar em favor das pautas de proteção e igualdade de gênero, entre elas, a garantia do aborto legal e seguro. A partir daquele momento, a denominada "onda verde" tomou conta da esfera pública do país.

Em 2018, o então presidente Mauricio Macri autorizou sua bancada legislativa a tratar acerca da temática, uma vez que o aborto transcendeu a esfera puramente política a passou a dominar as conversas cotidianas no país, inclusive com amplo destaque na mídia nacional (Sanchez, 2023, p. 8). Críticos de Macri argumentam que a escolha por permitir que o tema do aborto fosse pautado no Congresso Nacional se deu pela baixa popularidade do presidente à época, tendo em vista as dificuldades econômicas do país. Assim, o então presidente valeu-se dos amplos debates acerca do aborto, bem como da "onda verde", para garantir maior renome entre o eleitorado argentino.

Naquele primeiro momento, a legalização do aborto entrou em pauta de votação, mas não atingiu o mínimo necessário para

88 O movimento Ni Una Menos teve início em 2015, após o assassinato da jovem Chiara Paez, de apenas 14 anos, que estava grávida, por seu namorado. No ano seguinte, o feminicídio brutal de uma jovem de 16 anos, Lucía Perez, terminou por inflamar ainda mais o movimento.

aprovação no Senado (Barrancos, 2022, p. 234). Segundo Dora Barrancos (2022), embora os movimentos feministas tenham atuado de formas jamais vista anteriormente, a oposição da Igreja Católica e de grupos evangélicos teve papel fundamental para evitar que o aborto se tornasse prática permitida por lei. Não obstante, nas discussões realizadas em plenário do Senado, diversos senadores proferiram falas de cunho conservador e machista, reduzindo a importância dos direitos das mulheres (Barrancos, 2022, p. 234).

Foi somente em 2020 que a legalização do aborto foi pautada novamente. Naquele momento, estava à frente da Presidência da República Alberto Fernandez. Ele foi o responsável por enviar ao Congresso Nacional o projeto de lei que legalizava a prática do aborto. Em menos de um mês, o projeto já estava pautado. Após votação em ambas as casas do legislativo, foi aprovada a Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez[89] (Lei 27.610/2020), que permitiu o aborto até a 14ª semana de gestação.

De fato, diferentemente do Uruguai, a presença de religiosos na política argentina é uma realidade. Contudo, não há uma força expressiva, em termos de coalizão entre religiosos e outros setores mais conservadores, para barrar projetos de lei tais como da legalização do aborto. Ressalta-se que o ativismo feminista tomou proporções gigantescas após a eclosão do Ni Una Menos, de forma que milhares de mulheres passaram a tomar as ruas do país e pressionar o Congresso Nacional. Por fim, o fato de o próprio Presidente da República possuir grandes aliados dentro do Poder Legislativo também permitiu que a votação fosse realizada de forma rápida e positiva.

Assim, a junção de cenário político favorável, com apoio do Presidente e de seus aliados no parlamento, bem como uma mobilização social sem precedentes dentro do regime democrático argentino, foram dois elementos cruciais para pressionar o Poder Legislativo a legalizar o aborto.

89 No original, Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Tradução nossa.

2.3 BRASIL: BANCADA EVANGÉLICA E ALIANÇAS CONSERVADORAS

Na contramão de seus vizinhos, o tema da legalização do aborto ainda é sensível nas discussões legislativas, em grande medida, pela grande influência de grupos religiosos e conservadores na política, tornando-se um dos principais obstáculos para a garantia de direitos reprodutivos (Biroli, 2020, p. 14).

Isso não significa, contudo, que jamais houve articulação legislativa para a tentativa de descriminalização do aborto. No período constituinte que culminou na Constituição de 1988, diversas feministas, em união com parlamentares, lançaram o conhecido "lobby do batom" que, entre tantas outras reivindicações para garantia dos direitos das mulheres, buscou também a legalização da prática do aborto (Sanchez, 2023, p. 5).

Ademais, os dois primeiros mandatos presidenciais de Luiz Inácio da Silva, entre 2002 e 2009, foram marcados por amplo debate entre governo e movimentos sociais, além de ter sido o momento em que o Brasil avançou em diversas pautas sociais no que tange às mulheres. Basta relembrar que no ano de 2004, o presidente Lula criou comissão tripartite, composta por representantes do governo, do legislativo e da sociedade civil, para redigir proposta de legalização do aborto, sendo a minuta aprovada na I Conferência Nacional de Política para as Mulheres, em 2004 (Sanchez, 2023, p. 6).

Mesmo assim, o terreno político favorável - ao menos por parte do Governo Federal - e a ampla mobilização de grupos feministas e ativistas de direitos humanos não foi suficiente para garantir a aprovação de propostas de legalização do aborto pela via legislativa. Segundo Biroli, Machado e Vaggione, a reação conservadora costuma emergir quando grupos sociais passam a desafiar a ordem já estabelecida e ameaçam a ruptura de concepções já estabelecidas (2020, p. 24). Portanto, na mesma medida em que avançava a discussão social acerca da necessária garantia do aborto legal, a reação conservadora articulava-se entre diversos atores políticos para frear a onda progressista.

É importante lembrar que a existência de setores conservadores na política não é um fenômeno novo ou mesmo exclusivo do cenário brasileiro. Em realidade, faz parte da estrutura democrática a existência de pluralidade de ideias dentro das esferas de poder. Porém, o Brasil possui algumas peculiaridades que permitem afirmar que o conservadorismo ainda é o grande responsável por pautar as votações e leis aprovadas pelo Poder Legislativo.

Em primeiro lugar, o Congresso Nacional brasileiro conta com a existência da Frente Parlamentar Evangélica (comumente chamada de "bancada evangélica"), que se tornou um dos principais atores políticos nas discussões sobre família, sexualidade, educação e reprodução (Vaggione, 2020, p. 62). A bancada foi fundada em 2003 e, desde então, articula-se para garantir a continuidade da moral cristã dentro da esfera pública. Em sua primeira legislatura após sua regularização, no ano de 2015, a bancada contava com um total de 60 deputados federais. Entretanto, sua força e poder de influência dentro dos debates legislativos fez com que a bancada obtivesse cada vez mais expressão numérica e ideológica. Em 2023, a Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional contava com a presença de 213 deputados e 26 senadores, segundo dados da própria Câmara dos Deputados.

Não obstante, para além da presença de religiosos dentro do Poder Legislativo, é importante analisar as alianças feitas entre as diversas bancadas e partidos políticos. Nesse sentido, ainda que não possuam como tema principal de suas agendas a defesa da moral cristã, da família tradicional e dos bons costumes, é possível verificar que parlamentares ligados ao empresariado, ao militarismo e ao agronegócio possuem alinhamento ideológico convergente aos dos setores conservadores (Biroli, 2020, p. 28). Tal união, inclusive, já foi batizada de "Bancada BBB – Boi, Bala, Bíblia", em referência às bancadas ruralista, armamentista e evangélica, respectivamente.

A junção de partidos e bancadas com objetivos políticos diferentes, mas com ideologias similares, é importante estratégia para garantir apoio para implementação de suas agendas. Não obstante,

ainda que possuam metas políticas diferentes, todos esses partidos se beneficiam ao fortalecerem suas bases eleitorais conservadoras. Em realidade, suas próprias agendas políticas somente podem se concretizar caso mantidos os pensamentos tradicionais, machistas, patriarcais e religiosos dentro do Poder Legislativo.

Portanto, independentemente de filiação partidária, é possível afirmar que há uma coalizão dentro do Congresso Nacional para frear medidas legislativas que buscam o avanço das pautas de gênero. Nesse sentido, leciona Juan Marco Vaggione:

> "É frequente a atuação coordenada de partidos cristão, para além de suas identidades religiosas e pertencimentos partidários. Isso se dá justamente por compartilharem, como prioridade, a defesa de uma ordem moral diante do avanço dos direitos sexuais e reprodutivos. (...) Como evidenciam as ações desses políticos, as crenças religiosas continuam sendo uma clivagem importante da sociedade política dos países da região. Longe de retroceder em sua influência, essas crenças estruturam debates parlamentares vinculados à sexualidade e à reprodução, dando lugar a alianças que transcendem inclusive identidades partidárias" (Vaggione, 2020, p. 63).

Essa aliança entre partidos diferentes, mas com convergência entre ideologias morais, se tornou mais evidente com a formação da Frente Parlamentar Mista Contra o Aborto e em Defesa da Vida. Trata-se de uma bancada que conta com deputados e senadores dos principais partidos conservadores do Congresso Nacional, como o Partido Liberal (PL). Hoje, a bancada conta com 206 parlamentares, sendo 194 deputados federais e 12 senadores (Câmara dos Deputados, 2024).

Ou seja, com a criação de uma bancada específica e permanente para barrar a legalização do aborto, é possível afirmar que existe uma política, dentro do Brasil, contra os avanços nos direitos reprodutivos

das mulheres. Não se trata, assim, de aliança conservadora momentânea, mas de um projeto contínuo de desmonte dos direitos humanos das mulheres.

Vale ressaltar que, embora os deputados e senadores conservadores valham-se de concepções morais e religiosas para angariar base eleitoral e para justificar suas atuações, o discurso utilizado pelos parlamentares contrários ao aborto é estratégico, pois busca embasamento jurídico para garantir maior legitimidade. Assim, a partir de discursos em defesa da liberdade de crença constitucionalmente garantida, os partidos e bancadas aproveitam-se das garantias constitucionais para proteger a possibilidade de suas crenças morais e religiosas influenciarem no papel decisório. Da mesma forma, a garantia da liberdade de expressão se torna fundamento para mascarar discursos machistas e misóginos.

Ainda nessa seara, tem-se que o direito à vida também tem sido arma para reafirmar a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez. Nesse sentido, vale destacar o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 29/2015, que buscou alterar o art. 5º, caput da Constituição Federal para garantir que o direito à vida se inicia no momento da concepção. Ou seja, na medida em que se antecipa a proteção do nascituro ao momento de que o feto é concebido, aumenta-se a argumentação jurídica, à nível constitucional, para impedir a legalização do aborto.

Nesse sentido, é possível afirmar que a ampla aliança conservadora, formada por diversos grupos diferentes dentro do Congresso Nacional, impede que outros parlamentares mais progressistas consigam se unir para aprovar projetos em favor da legalização do aborto. Assim, mesmo diante de clamor por grupos feministas ou mesmo apoio dos demais poderes, a grande presença de religiosos, militares e outros grupos mais conservadores permanece como o maior obstáculo para a legalização do aborto no Brasil.

3 O PROBLEMA DA REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA NO BRASIL

Conforme demonstrado no tópico anterior, o caso brasileiro vai em sentido contrário ao que foi decidido no Uruguai e na Argentina, tendo em vista que a onda conservadora dentro do Congresso Nacional ainda é o maior impedimento para a descriminalização do aborto pela via legislativa.

Para os defensores da manutenção da criminalização do aborto, o argumento é bastante simples: o conservadorismo presente nas discussões levadas adiante pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal refletem um Poder Legislativo democraticamente eleito para representar o povo brasileiro. Em outras palavras, os representantes eleitos são expressão de uma população abertamente contrária à legalização do aborto.

Tal argumento leva à conclusão de que a permanência da prática do aborto enquanto crime, no Brasil, é uma escolha democrática, pois vai de acordo com os preceitos da representação política previstos na Constituição. Afinal, se os deputados federais e senadores, com suas agendas conservadoras, religiosas e neoliberais, foram eleitos por meio de pleito eleitoral livre e informado, suas decisões são legítimas por representarem o interesse nacional.

Contudo, tal pensamento decorre de um silogismo que demonstra uma análise rasa das representações políticas e modelos eleitorais. Em primeiro lugar, o fato das eleições serem livres não significa que todos os candidatos concorrem em pé de igualdade. Segundo Nancy Fraser (2009, p. 19), a política é a terceira dimensão da justiça, compreendendo não apenas quem pode realizar reivindicações sociais, mas também como tais reivindicações devem ser debatidas e julgadas. Assim, a dimensão política da justiça diz respeito, em primeiro lugar, à representação. Nesse sentido:

> "O que está em jogo aqui é a inclusão ou a exclusão da comunidade formada por aqueles legitimados a fazer reivindicações recíprocas de justiça. Em outro

> nível, pertinente ao aspecto da regra decisória, a representação diz respeito aos procedimentos que estruturam os processos públicos de contestação. Aqui, o que está em questão são os termos nos quais aqueles incluídos na comunidade política expressam suas reivindicações e decidem suas disputas. Nos dois níveis, o problema que surge é se as relações de representação são justas (...) As regras decisórias da comunidade atribuem, para todos os membros, igual capacidade de expressão nas deliberações públicas e representação justa no processo público de tomada de decisão? Tais questões de representação são especificamente políticas. Conceitualmente distintas das questões tanto econômicas quanto culturais, elas não podem ser reduzidas às últimas, apesar de, como veremos, estarem, inextricavelmente, entrelaçadas a elas" (Fraser, 2009, p. 19-20).

Ou seja, o primeiro questionamento que deve ser levantado é: embora existam eleições democráticas, livres e informadas, com respeito ao sufrágio universal, nem todos os grupos possuem verdadeira representação política, a fim de influenciar nos processos decisórios. Ao criticar o princípio da falsa representação, Fraser advoga por uma visão da justiça como paridade participativa, garantindo a atuação de todos os atores sociais em nível de igualdade (Fraser, 2009, p. 37).

Assim, o problema da representação é essencial para verificar os motivos pelo qual perpetuam-se ideias conservadoras. Ressalta-se que a representatividade em nível de paridade deve ser analisada não apenas em relação àqueles que foram democraticamente eleitos, mas também, na possibilidade dos sujeitos concorrerem ao pleito em condições de igualdade com os demais candidatos.

Hoje, verifica-se que as campanhas eleitorais dos principais candidatos eleitos foram sustentadas com amplo investimento privado. Assim, grandes empresas ou empresários financiam partidos ou candidatos que se amoldam aos seus objetivos políticos e econômicos. Assim, o ingresso na arena política de forma competitiva só é possível

para aqueles que têm acesso a grandes somas de capital (Singer et al., 2021, p. 204). O alto investimento permite maior participação dos atores políticos nas redes sociais ou na mídia televisiva, viagens e comícios de amplo porte, abrangendo o número de pessoas que são influenciadas pelas ideologias dos candidatos.

Conforme já citado no tópico anterior, há uma aliança entre os principais grupos conservadores: religiosos, agropecuaristas e militares. Tais grupos estão mais suscetíveis de receberem financiamento privado em seus Fundos Eleitorais. Ao contrário, partidos menores que lançam candidatos dos diversos grupos sociais possuem menor financiamento, o que impede a potencialização de lançamento de seus candidatos.

Ademais, um importante fator para a legalização do aborto e para o avanço dos direitos reprodutivos é a existência de mulheres nas cadeiras do Poder Legislativo. Há quem argumente que a representatividade de gênero não leva, necessariamente, ao avanço de pautas dos direitos das mulheres. De fato, ao analisar a atual composição feminina do legislativo brasileiro, verifica-se que a maior parte das deputadas federais estão ligadas ao PL, partido conservador (Câmara dos Deputados, 2022). Portanto, neste cenário, não é possível afirmar que a presença de mulheres levará, necessariamente, ao avanço das pautas de gênero e direitos reprodutivos.

Contudo, novamente, tem-se que a presença de mulheres conservadoras na política se dá por promoção de seus partidos que, por sua vez, possuem recursos suficientes para lançar a frente candidaturas femininas. Ressalta-se que o apoio partidário conservador à eleição de mulheres também é uma estratégia política. Isto porque muito se discute acerca da necessidade de maior presença feminina dentro dos espaços públicos decisórios. Não obstante, o aborto é um tema que atinge diretamente as mulheres. Portanto, o fomento às candidaturas femininas possui objetivo de dar maior legitimidade às decisões concernentes aos direitos reprodutivos. Trata-se, novamente, do mito da falsa representação.

Ao contrário, com o maior impulso de grupos tradicionalmente marginalizados - como mulheres, indígenas e negros - para competirem em pé de igualdade, tem-se que as chances de mudanças são maiores, na medida em que se insere no debate uma maior pluralidade de ideias. Ao contrário, o expurgo de ideias religiosas é essencial para garantir maior debate político acerca do aborto, embora a laicidade do Estado, no Brasil, pareça demonstrar que o exercício da liberdade de crença significa utilizá-la para reduzir a ampliação e garantia efetiva de direitos humanos.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível verificar que a coalizão entre setores conservadores, tais como empresários, agropecuaristas, militares e religiosos, dentro do Poder Legislativo brasileiro, é o maior entrave para a legalização do aborto. Embora não se negue que o conservadorismo faz parte do jogo democrático, na medida em que a pluralidade de ideias deve ser representada politicamente, verifica-se que crenças morais e religiosas não devem ser o ponto focal dessas decisões, mas sim, os compromissos firmados com o Estado Democrático de Direito.

Ao contrário dos demais países da América do Sul, nos quais o aborto foi legalizado, a tendência brasileira é de reduzida evolução e garantia aos direitos reprodutivos das mulheres. Embora o STF esteja decidindo sobre o assunto, até o momento, não se tem muitas expectativas de que a ADPF será julgada em tempo próximo. Isso significa, portanto, que quaisquer alterações acerca da possibilidade de prática do aborto virão exclusivamente do Poder Legislativo, o qual, cada vez mais, adota posição ultraconservadora e religiosa.

Embora o Brasil se declare um Estado laico, ainda não foi possível traçar linha distintiva entre liberdade de crença e impossibilidade de utilização de crenças religiosas nas tomadas de decisão. Portanto, o Brasil precisa caminhar no sentido de reduzir a influência em política

nacional de elementos puramente religiosos. A dificuldade, é claro, está em impedir que líderes das principais igrejas e formações de bancadas religiosas aconteçam. Contudo, a grande dificuldade está em demonstrar que a laicidade do Estado não fere o sufrágio universal ou a liberdade de crença.

Não obstante, a falsa representação dentro do Congresso Nacional é um problema a ser superado. Embora grupos conservadores ocupem a maioria dos assentos dentro da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, isso não significa que a maioria da população brasileira é conservadora. Ainda que o pleito eleitoral se dê de forma livre, isto não significa que seja justa, na concepção de Nancy Fraser trabalhada neste artigo. Hoje, a eleição de políticos conservadores é um projeto levado adiante por elites tradicionais que, por meio de amplo financiamento, permitem maior destaque de tais candidatos. Muito se discute se o Fundo Eleitoral deveria ser formado unicamente por recursos públicos, impedindo atores ou empresas privadas de investirem em partidos ou candidatos. Ao contrário, ainda há uma crítica muito grande na utilização de recursos públicos para campanhas eleitorais. Entretanto, é necessária uma mudança drástica no que tange à igualdade e competitividade eleitoral, sob pena de impedir a verdadeira participação e representatividade.

Por fim, para além da representação política, é necessário maior diálogo entre o Poder Legislativo e o povo. Conforme demonstrado no caso da Argentina, o movimento social feminista teve papel importante para garantir a legalização do aborto. Ao contrário, ainda que existam diversos grupos, organizações e coletivos a favor da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, ainda há uma grande dificuldade de permitir que os movimentos sociais possam exercer sua influência dentro das principais arenas públicas. Isso levanta a necessária inclusão dos movimentos sociais nos espaços decisórios. Ainda que a palavra final se concentre nas mãos do legislativo, a aproximação entre grupos ativistas e a política é essencial para a democracia. O diálogo, portanto, não deve ocorrer apenas nas urnas, mas no cotidiano das atividades políticas. Contudo, mais uma vez,

uma composição legislativa conservadora acaba por barrar qualquer tipo de aproximação entre movimentos sociais e Poder Legislativo, na medida em que um dos objetivos do conservadorismo é fazer força contrária aos apelos populares.

Por fim, após os estudos para este trabalho, foi possível perceber que não somente a legalização do aborto se torna inviável diante do Poder Legislativo brasileiro, mas outras temáticas concernentes aos direitos das mulheres, dos povos indígenas, das pessoas negras e outros grupos em situação de vulnerabilidade. A constante presença do conservadorismo na política brasileira impediu, e ainda impede, o avanço de diversas pautas sociais essenciais para o Estado Democrático Direito. Contudo, a história do Brasil demonstra que o conservadorismo político tem sido a regra. Resta, portanto, buscar ser exceção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. **Argentina 1853** (reinst. 1983, rev. 1994). Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994. Acesso em: 17 set. 2023.

ARGENTINA. **Ley 27610, de 15 de enero de 2021.** Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em: https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239807/ 20210115. Acesso em: 17 ago. 2024.

BARRANCOS, Dora. **História dos Feminismos na América Latina**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2022.

BIROLI, Flávia.; VAGGIONE, Juan Marco.; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo e democracia.** 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 29, de 9 de setembro de 2015**. Altera a Constituição Federal para acrescentar no art. 5º, a explicitação inequívoca proteção da "inviolabilidade da vida, desde a concepção". *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 10 set. 2015. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3455035&ts =1680097288958&disposition=inline. Acesso em: 01 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe. asp?incidente=5144865. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334. Acesso em: 06 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 06 set. 2024.

BUSS, Gabriel; JULIÃO, Fabricio. ***Saiba quem comanda e quem integra a bancada evangélica no Congresso.*** **Poder 360.** 28 jan. 2024. Disponível em: https://www.poder360.com.br/poder-congresso/congresso/saiba-quem-comanda-e-quem-integra-a-bancada-evangelica-no-congresso/. Acesso em 02 set. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei prevê pena de homicídio simples para aborto após 22 semanas de gestação.** Agência Câmara de Notícias, 2024. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/1071458-projeto-de-lei-preve-penas-de-homicidio-simples-para-aborto-apos-22-semanas-de-gestacao#:~:text=Projeto%20de%20lei%20prev%C3%AA%20pena,Portal%20da%20C%C3%A2mara%20dos%20Deputados. Acesso em: 16 ago. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Frente Parlamentar Mista contra o Aborto e em Defesa da Vida. Frentes Parlamentares**. 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/ deputado/frenteDetalhe.asp?id=54150. Acesso em 02 set. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Bancada Atual.** Lideranças e Bancadas Partidárias. Disponível em: https://www.camara.leg.br/deputados/bancada-atual. Acesso em 02 set. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Bancada feminina alcança 91 deputadas federais. 03 OUT. 2022.** Disponível em: https://www2.camara.

leg.br/a-camara/estruturaadm/ secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/bancada-feminina-alcanca-91-deputadas-federais-1. Acesso em 02 set. 2024.

FONSECA, Priscila de Figueiredo. **A escolha de Sofia: um estudo sobre a descriminalização do aborto no Uruguai e os caminhos para o Brasil**. Rio de Janeiro, 2020.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a Justiça em um Mundo Globalizado. **Lua Nova**, n. 77. São Paulo, 2009, p. 11-39. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ln/a/BJjZvbgHXyxw YKHyJbTYCnn/abstract/?lang=pt. Acesso em: 02. set. 2024.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais**. REVISTA DIREITO GV (ONLINE), v. 17, p. 1-33, 2021. Disponível em: https://www. scielo.br/j/rdgv/a/WmD3ZFV7jy6x3JKnPjbfXSN/. Acesso em: 04 set. 2024.

JOHNSON, Nick; ROCHA, Cecilia; SCHENCK, Marcela. **La inserción del aborto em la Agenda político-pública uruguaya 1985-2013.** Um análisis desde el Movimiento Feminista. Cotidiano Mujer, Montevidéu, 2015. Disponível em: https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/700/insercion-aborto-uruguay.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 26 ago. 2024.

LIBÓRIO, Bárbara. ***Só um PL propôs a descriminalização do aborto no Brasil na última década***. **AzMina**. 30 de junho de 2020. Disponível em: https://azmina.com.br/reportagens /so-um-pl-propos--a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil-na-ultima-decada/. Acesso em 02 set. 2024.

SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. **Quem são e o que fazem as parlamentares brasileiras? Uma análise do perfil biográfico e da produção legislativa da bancada feminina.** In: José Álvaro Moisés. (Org.).

Crises da democracia: o papel do Congresso, dos deputados e dos partidos. 1ed. Curitiba: Appris, 2019, v., p. 103. Disponível em: https:// www.ufrgs.br/sicp/wp- content/uploads/2015/09/Sanchez-Beatriz.pdf. Acesso em: 01 set. 2024.

SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. **Entre as ruas e o parlamento: a legalização do aborto no Brasil e na Argentina**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 31(2): e92882, 2023. Disponível em: https:// www.scielo.br/j/ref/a/KpCG8XMGCqtm9z9LXRFnRPF/. Acesso em: 01 set. 2024.

SIGAL, Lucila. **Presidente argentino envia ao Congresso projeto que legaliza aborto.** ***Agência Brasil.*** 18 nov. 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/ noticia/2020-11/presidente-argentino-envia-ao-congresso-projeto-que-legaliza-aborto. Acesso em: 01 set. 2024.

SILVA, Luis Gustavo Teixeira da. **Laicidade do Estado no Uruguai: Considerações a partir do debate parlamentar sobre o aborto (1985-2016)**. Relig. soc., Rio de Janeiro, v. 38, n. 2, p. 53-84, ago. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rs/a/88ZXnzC3nTK fBnFpfm FpFwQ/ ?lang=pt. Acesso em: 26 ago. 2024.

SINGER, A., ARAÚJO, C., BELINELLI, L. Estado e democracia: Uma introdução ao estudo da política. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

UNITED NATIONS. **Platform for action and the Beijing Declaration.** Fourth World Conference on Women, Beijing, China, 1995. Disponível em: https://www.refworld.org/ legal/resolution/un/1995/ en/73680. Acesso em: 15 ago. 2024.

UNITED NATIONS. **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women**, 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249. Disponível em: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

URUGUAY. 18.987, de 22 de octobre de 2012. **Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo**. Ley del aborto. Uruguay, 2012. Disponível em: https://www.impo.com.uy /bases/leyes/18987-2012. Acesso em: 16 ago. 2024.

URUGUAY. **Constitution Uruguay 1966** (reinst. 1985, rev. 2004). Disponível em: https:// www.constituteproject.org/constitution/Uruguay_2004. Acesso em: 29 abr. 2024.

VASERINO, D. K. G.; MARCHETTO, P. B. **Políticas públicas sobre aborto no Uruguai e no Brasil**. R. Fac. Dir. UFG, v. 43, p.01-13, 2019. Disponível em: https://www.revistas.ufg.br/ver fd. Acesso em: 26 ago. 2024.

VÁSQUEZ, M., DEL RÍO, A.. ***A extrema direita decolando no Uruguai.*** **Le Monde Brasil: Diplomatique**. Disponível em: https://diplomatique.org.br/a-extrema-direita-decolando-no- uruguai/. Acesso em: 01 set. 2024.

VERSTEEG, Mila. CHILTON, Adam. **How constitutional rights matter**. Oxford: Oxford University Press, 2020.

CANNABIS MEDICINAL NO BRASIL: POR UMA LEGISLAÇÃO EXPERIMENTAL

MEDICAL CANNABIS IN BRAZIL: TOWARDS EXPERIMENTAL LEGISLATION

Thiago Brazileiro Vilar Hermont[90]

Daniela Veloso de Abreu e Matos[91]

Resumo: O artigo discute a importância da regulamentação legislativa da produção, uso médico e acessibilidade dos princípios ativos da *Cannabis* no Brasil. A regulamentação enfrenta barreiras de produção interna, conscientização dos benefícios médicos e falta de legislação abrangente, considerando a garantia estatal de cuidados de saúde. A legislação experimental é proposta então como uma abordagem para avaliar os riscos e benefícios da legalização de forma controlada, concluindo-se que a utilização do instituto normativo não permanente seria uma oportunidade para o Brasil verificar as condições em que se encontra para uma efetiva implementação do uso e exploração dos derivados da Cannabis, sem os riscos inerentes a propostas mais duradouras e, portanto, financeiramente dispendiosas.

Palavras-chave: Cannabis; Legislação experimental; Ordenamento brasileiro.

Abstract: The article discusses the importance of legislative regulation of the production, medical use, and accessibility of the active principles of *Cannabis* in Brazil. The regulation faces barriers such as internal production challenges, awareness of medical benefits, and lack of comprehensive legislation, considering the state's guarantee

90 Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Linguística Aplicada pela UFMG. Graduação em Direito pela UFMG. Pesquisador do Observatório para a Qualidade da Lei. Contato: thiagohermont@gmail.com

91 Mestranda em Ciências da Religião pela PUC Minas. Graduada em Ciências Sociais pela PUC Minas. Contato: danielavelosodeabreu@gmail.com

of healthcare. Experimental legislation is proposed as an approach to evaluate the risks and benefits of legalization in a controlled manner, concluding that the use of non-permanent regulations would be an opportunity for Brazil to assess the conditions for the effective implementation of the use and exploitation of *Cannabis* derivatives without the inherent risks of more permanent and, therefore, financially burdensome proposals.

Keywords: Cannabis; Experimental legislation; Brazilian legal system.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a importância da regulamentação legislativa efetiva da produção, uso médico e acessibilidade legal dos princípios ativos da planta de gênero *Cannabis* no Brasil.

O assunto, ainda tabu no imaginário social, torna-se ainda mais relevante quando nos deparamos com constantes limitações ao pleno acesso a medicamentos comprovadamente eficientes no tratamento de diversas doenças – epilepsia, dores crônicas e autismo, para mencionar alguns (Mimura *et al*, 2023). O entrave passa por questões de ordem de autonomia de produção interna, conscientização dos benefícios advindos da correta medicação e, acima de tudo, de barreiras por ausência de legislação abrangente que impedem que o assunto tenha o tratamento jurídico-legal devido, o que vai na contramão dos avanços científicos.

De forma bastante atual, nos deparamos com questões constitucionais quanto à garantia estatal de assegurar aos cidadãos a mais ampla gama de cuidados da saúde, como predisposto no art. 196 da Constituição Federal[92] (Brasil, 1988) e, ainda dentro da mesma

92 "Art. 196. A saúde é **direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (grifos próprio).

temática, mas sob o viés penalista, a tramitação da PEC 45/2023 no Senado com alterações no art. 5º da Constituição, criminalizando a posse ou porte de drogas "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (Pacheco, 2024).

Sem autorização e determinações legais e regulamentares, o país continuará seguindo vertentes mais voltadas a questões morais do que consubstanciadas com as pesquisas mais recentes na área. Apresentamos então os elementos que julgamos ser de maior importância para a regulamentação da *Cannabis* no Brasil, levando-se em conta o que a experiência com a regulamentação experimental pode trazer de benefício neste campo.

Traremos um breve histórico do caminho regulatório da *Cannabis,* para em seguida abordar o que poderia significar a autonomia brasileira quanto à produção e ao plantio, e os comprovados benefícios médicos da utilização dos princípios ativos da planta. Por fim, trataremos das vantagens que a legislação experimental sobre o tema pode trazer para uma efetiva regulamentação do uso da *Cannabis*.

2 METODOLOGIA

Em termos metodológicos, a principal estratégia empregada foi a da análise de conteúdo, feita após levantamento bibliográfico, tendo em vista a prolífica pesquisa sobre um assunto ao mesmo tempo tão polêmico e transversal. Nesse sentido, seguimos os passos propostos por Gustin, Dias e Nicácio, ao elencar dois momentos fundamentais quando da utilização desses recursos metodológicos. O primeiro passo é certificar-se de que os dados analisados não mais se encontram associados ao contexto em que foram gerados, sendo acompanhado do segundo momento, no qual a interpolação dos dados obtidos, ressignificados no contexto atual, produzem um novo discurso, apresentando novas e críticas perspectivas sobre o tema (2020, p. 184-195).

Para tanto, primeiramente lançamos mão do levantamento bibliográfico, para verificar e trazer de forma objetiva as referências que tratam sobre a *Cannabis* e a regulamentação experimental, o que passou por fontes médicas, farmacêuticas e legislativas, apenas para citar algumas de todas que se encontram no levantamento bibliográfico realizado. É por meio dele que os dados secundários foram obtidos e, em conjunto com uma singela pesquisa de mercado de valores de fármacos, para formar o corpo que viria a ser analisado na presente discussão.

Achamos relevante destacar que por mais que o levantamento bibliográfico já esteja relativamente gasto como procedimento preferencial no campo das ciências sociais aplicadas, ele se configura como um importante elemento de pesquisas de qualidade, uma vez que traz aos leitores as referências diretas das fontes pesquisadas, balizando o produto final apresentado. Compartilhamos assim das palavras de Michel (2009 *apud* Gustin, Dias e Nicácio, 2020, p. 189) ao dizer que o levantamento bibliográfico engloba "[...] leituras iniciais, que visam arregimentar informações, entender mais detalhadamente o assunto, para auxiliar na proposição da pesquisa, definição do problema e objetivos".

Assim, optamos por trazer ao longo da discussão as referências encontradas nas principais plataformas de bancos de dados (Scielo e Periódicos da Capes), de forma atualizada e fundamentada nos subtemas do tópico principal, escolha que simultaneamente embasou e formou o conteúdo a ser analisado de forma crítica. Por fim, julgamos importante mencionar que ainda que o viés seja inerente à pesquisa, notadamente quando dispomos de recursos de tempo mais limitados, procuramos diversificar as buscas e espaçá-las usando parâmetros distintos das bases de dados disponíveis em nossos repositórios de referência de origem (UFMG e PUC Minas).

3 BREVE HISTÓRICO

A regulamentação da *Cannabis* no Brasil, assim como de outras substâncias socialmente controversas, necessariamente passa pela criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a Anvisa, por meio da Lei nº 9.782 de 1999 (Brasil, 1999). A autarquia tem como finalidade, dentre outras, "[...] promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária [...]"[93]. Nota-se, com isso, que é função intrínseca ao órgão o protagonismo na regulação e prestação de serviços à sociedade, atentando-se para uma visão holística baseada no conhecimento, conforme predisposto na visão e nos valores da agência.

Ainda que indispensável para a controle de substâncias de potencial uso médico, a amplitude de escopo da autarquia demanda a criação de normas mais específicas para tratar de questões mais pontuais. Nesse sentido, e considerando-se novamente a ilegalidade do uso da *Cannabis*, a Lei nº 11.343 de 2006, conhecida como Lei de Drogas (Brasil, 2006), criou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o SISNAD, determinando, dentre outras providências, a repressão à produção ilegal de entorpecentes e as respectivas penas para quem incorrer nos crimes previstos.

Anos mais tarde, em 2014, um notável avanço normativo surge da Resolução nº 2.113 do Conselho Federal de Medicina, ao aprovar o uso do canabidiol (CBD), uma dentre as várias substâncias obtidas da *Cannabis*, para o tratamento de epilepsias em crianças e adolescentes que não respondam aos métodos tradicionais (Conselho Federal de Medicina, 2014). Ainda que abordado em mais pormenores na seção sobre os benefícios, é importante já ressaltar neste ponto o grande passo dado pelo órgão máximo responsável pela medicina brasileira, ao inserir, de forma cientificamente balizada, a possibilidade da

93 Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/institucional. Acesso em 17 abr. 2024.

utilização dos componentes obtidos da *Cannabis* como meios eficazes de combater doenças e promover o bem-estar de pacientes.

Na sequência e em resposta, um ano depois, a Resolução Colegiada nº 3 de 2015 (RDC) da Anvisa retira o canabidiol do rol de substâncias proibidas (Ministério da Saúde, 2015), sendo acompanhada pela RDC nº 17 de 2015 que definiu os critérios e procedimentos necessários para a importação de produtos à base de canabidiol e outros canabidióides para tratamento de saúde (Ministério da Saúde, 2015). Após um período de quatro anos, a Anvisa retoma o tema com a RDC nº 327 de 2019, com a regulação sobre a possibilidade de empresas fabricarem e importarem produtos oriundos da *Cannabis* (Ministério da Saúde, 2019), seguida no mês seguinte pela RDC nº 335 de 2020, que estipulava novos parâmetros para importação de produtos elaborados a partir da *Cannabis*, juntamente com medidas de simplificação deste processo (Ministério da Saúde, 2020). Por fim, em 2022, a Anvisa publica por meio da RDC nº 660 de 2022 os critérios para importação por pessoas físicas para tratamento próprio de saúde (Ministério da Saúde, 2022). Tal avanço na proteção aos pacientes vem, entretanto, com a gênese de uma das questões tratadas no tópico seguinte deste estudo: a necessidade de importação, que se torna um retrocesso econômico e sanitário em um país apto para produzir *Cannabis* não só domesticamente, mas em nível de *commodity*.

A partir destas referências normativas quanto à regulamentação da *Cannabis* no Brasil, o que se observa nos anos seguintes são projetos de lei federal[94] que dispõem sobre o uso medicinal da planta, mecanismos de controle, fiscalização e prescrição, uso pessoal e terapêutico, fornecimento gratuito pelo SUS, comercialização e descriminalização, dentre outros. Cabe destacar que estes projetos, por mais que representem avanços na questão do uso da *Cannabis* em território brasileiro, ainda são tímidos em suas pretensões descriminalizadoras, beneficiando-se de uma proposta legística não só de avaliação, mas também de compilação, para a criação de um

94 PL nº 399 de 2015, PL nº 514 de 2017, PL nº 5.295 de 2019, PL nº 4.776 de 2019 e PL nº 5.158 de 2019.

único documento que seja claro, conciso e aborde o tema na forma e profundidade necessários, conforme predispõe Soares (2007) ao tratar da necessidade de maior racionalização durante a produção normativa.

Como dito no início do artigo, agora em 2024 temos a tramitação da PEC 45 de 2023 que trata justamente sobre a criminalização do uso de drogas sem regulamentação, o que seria um retrocesso em termos de compreensão do papel das substâncias em tratamentos médicos e já balizados por agência reguladora. Porém, fora do viés legislativo e dentro do judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF) em recente decisão pôs fim à discussão correlata de quase dez anos sobre a punibilidade quanto ao porte. Pelo marco histórico que representa, reproduzimos abaixo os oito pontos da tese fixada pelo tribunal:

> 1. **Não comete infração penal** quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006**, será presumido**

> **usuário quem**, para consumo próprio, **adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito**; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário. (Brasil, 2024, grifo próprio).

Ainda que o tribunal não tenha legalizado o uso da substância, como não seria possível considerando as atribuições e competências legais para tanto, a regularização desta anomia é um passo à frente para tratar questões muitas vezes complexas e discriminatórias presentes no sistema prisional brasileiro, por exemplo, em que diferentes portadores recebem diferentes penas em função de cor e condições socioeconômicas.

O que percebemos são conflitos em diferentes esferas do poder público quanto ao tratamento de um tema tão polêmico, porque carregado de traços socioculturais e estereótipos, e pesados interesses políticos e eleitorais que o assunto traz consigo. No que pese o benefício do dissenso na sociedade para que resultados mais bem discutidos possam ser alcançados, é inegável como diferentes interpretações e proposições jurídico-legislativas sobre um assunto com considerável pacificidade científica acarretam demora e ônus tanto para quem precisa de tratamento assistido quanto para uma balança comercial favorável em termos de exploração da *Cannabis* como commodity.

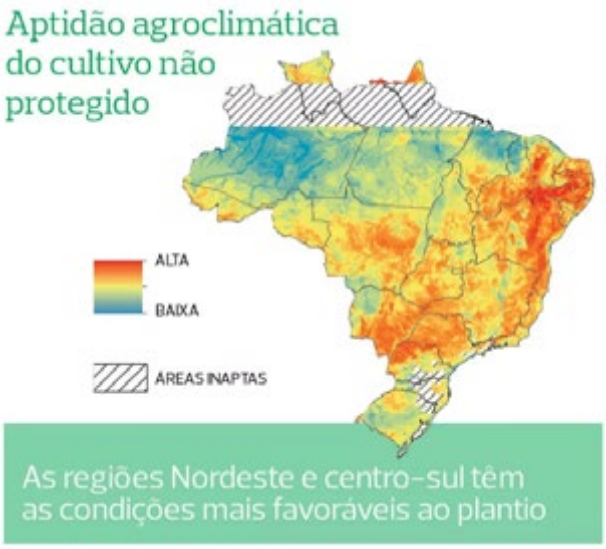
Assim, as discussões, muitas vezes cortinas de fumaça e de fundo eleitoreiro, desviam do assunto, simplificando um assunto tão plural e complexo. Por isso reforçamos a ideia da relevância de se trazer de forma cientificamente embasada os avanços, tanto em termos médicos como legislativos, para que propostas mais sólidas sejam discutidas em nível parlamentar de forma mais criteriosa e embasada.

4 AUTONOMIA DE PRODUÇÃO E POSSIBILIDADES

O Brasil é um país mundialmente conhecido pelo potencial de desenvolvimento agrícola, sendo referência global como território propício às mais variadas culturas de plantio, contando com condições climáticas benéficas[95]. Dentre os fatores benéficos inerentes à estrutura geofisiológica brasileira, o país conta com praticamente a totalidade de suas terras cultiváveis como potenciais campos de cultivo da *Cannabis*. Em todo o país, destaca-se a região Nordeste e Centro-Sul como as mais favoráveis, conforme a figura a seguir:

95 Disponível em: https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/160161/1/Producao-agricola-mundial.pdf Acesso em: 15 abr. 2024.

FIGURA 1: Mapa de aptidão agroclimática do cultivo não protegido



Fonte: Globo Rural.

Recentes pesquisas conduzidas pela Universidade Federal de Viçosa[96] (UFV) junto a *startups* mostram que o potencial de cultivo da *Cannabis* não se restringe somente à produção e obtenção dos componentes medicinais da planta, como o canabidiol. Além do espectro da saúde, destacamos a utilização da planta e seus derivados na indústria têxtil, cosmética, de construção, papel, alimentícia, de fertilizantes, de insumo animal e de biocombustível, como trazido pela Hemp Fair[97], a maior feira de Cannabis do Brasil, e a Abicann[98], a Associação Brasileira das Indústrias de Cannabis. Ainda assim, atendo-se somente à questão de ordem médica, há previsões de faturamentos da ordem de quase R$ 5 bilhões por ano, de acordo com empresas especializadas no ramo, valor este que corresponde a praticamente 6% dos ganhos atuais da indústria farmacêutica no Brasil.

96 Disponível em: https://www2.dti.ufv.br/noticias/scripts/exibeCiencia.php?codNot=31256. Acesso em 5 jul. 2024.

97 Disponível em: https://hempfair.com.br/ Acesso em: 17 abr. 2024.

98 Disponível em: https://abicann.org/ Acesso em: 18 abr. 2024.

É com base nessas informações e nas já conhecidas potencialidades agrícolas brasileiras que reforçamos a ideia de que a autonomia de produção da *Cannabis* não só promoveria incrementos à economia nacional, como também geraria impactos diretos e indiretos com a criação de empregos, variabilidade de cultivo, expansão em bolsas de mercado, como já ocorre no Canadá, por exemplo, para citar alguns.

Um país autônomo deixa de ser dependente das exportações que tanto encarecem os valores dos medicamentos, potencializando a possibilidade de subsídio governamental já que os incrementos de importação seriam relativizados. Um exemplo simples mas bastante ilustrativo do impacto financeiro para aquisição de derivados legalizados da *Cannabis* mostra na tabela comparativa abaixo cinco dos 18 medicamentos já autorizados pela Anvisa na maior rede de farmácias de Minas Gerais[99]:

TABELA 1: Medicamentos autorizados pela Anvisa

Medicamento	Valor R$	% do salário-mínimo vigente
Canabidiol 200mg/ml 30ml Solução Oral Prati Donadozzi	R$ 2.592,99	183,64
Canabidiol Promediol 200Mg/Ml Frasco 30ml Biolab	R$ 2.377,99	168,41
Canabidiol 100Mg/ml 30ml Ease Labs	R$ 950,00	67,28
Extrato de Cannabis Sativa 79,14mg/ml com 30ml Greencare Pharma	R$ 907,00	64,24
Canabidiol 34,36mg/ml Solução Oral Frasco com 30ml Nunature	R$ 783,99	55,52

Fonte: autoria própria

99 Os valores encontram-se disponíveis em: www.araujo.com.br. Último acesso em 17 abr. 2024.

Em uma simples comparação dos valores em relação ao salário-mínimo vigente, percebemos um enorme desequilíbrio do poder aquisitivo para aquisição de medicamentos à base de canabidiol. Com valores que comprometeriam mais da metade da renda mínima ou até praticamente o dobro desta, torna-se impossível o acesso a uma vasta parcela da população sem que haja disponibilização gratuita ou subsidiada pelo governo federal, como prevê o PL 5.158 de 2019 ao propor a alteração da Lei 8.080 de 1990 para que o Sistema Único de Saúde forneça gratuitamente medicamentos à base exclusiva de canabidiol (Girão, 2019).

Dentro desta linha, o que percebemos é uma dissonância entre a capacidade produtiva do Brasil, sua inserção em termos mundiais como grande mercado não só de *commodity* de *Cannabis*, mas também de exportação dos produtos em fase final de processamento – o que garantiria maior acessibilidade interna – e os altos valores dos medicamentos disponíveis[100].

5 BENEFÍCIOS MÉDICOS

Os benefícios trazidos pelas substâncias obtidas da *Cannabis* são comprovados há anos pela pesquisa científica e médica. Muito além da discussão sobre o uso recreativo, as potenciais melhorias em índices sociais e o controle por parte dos países adotantes de tal prática, o uso medicinal expressamente demonstra saltos positivos no tratamento da epilepsia, notadamente a Síndrome de Dravet que afeta crianças, do Mal de Parkinson com a diminuição dos tremores, além da fibromialgia e da endometriose (Reis *et al*, 2020; Bellelis e Giacometti, 2023; Sousa *et al*, 2023). De forma ainda mais ampla,

100 Destacamos, a título de menção honrosa, o que a Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança, ABRACE, realiza há dez anos, e com permissão judicial desde 2017, para a produção de pomadas e óleos derivados da *Cannabis*, por meio de isenções parciais ou totais de acesso aos produtos. Com escassos 4 hectares para plantio, e ainda assim o maior do Brasil, a associação possibilitou 1.292 isenções até o presente, assistindo cerca de 3 mil famílias hipossuficientes. Disponível em: https://abraceesperanca.org.br/ Acesso em: 17 abr. 2024.

estudos comprovam que o uso do CBD reduz a insônia, a ansiedade e dores crônicas, males que afetam fortemente a sociedade atual em sua presente maneira de interagir com as demandas laborais e de redes sociais (Sá *et al*, 2007; Silva e Lourenço, 2023).

É importante destacar que muitos desses avanços vêm do uso do canabidiol, que não possui o princípio ativo causador dos estados alterados de consciência causados pelo tetrahidrocanabinol (THC). A planta do gênero *Cannabis* possui centenas de substâncias potencialmente extraíveis, sendo cientificamente possível, e já praticado pela indústria farmacêutica, a remoção e isolamento do canabidiol, que possui os efeitos exemplificados anteriormente sem que haja quaisquer dos riscos inerentes à ingestão de psicoativos.

Em estudo de mais de década, pesquisadores da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), da Universidade Federal Fluminense (UFF) e da Universidade de São Paulo (USP), verificaram que existe clara melhoria na condição de ansiedade crônica por pacientes que fizeram o uso do canabidiol, além de irrefutável redução nos efeitos causados pelo transtorno de ansiedade social (Schier *et al*, 2012). Estamos falando de doenças catalogadas na Classificação Internacional de Doenças (CID), e que a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima afetar 301 milhões de pessoas no mundo, das quais 58 milhões são crianças e adolescentes[101].

Assim, é temerário ignorar a dor e sofrimento de tamanho contingente populacional, e o custo que isso representa em termos de mercado de trabalho e produtividade, se formos nos ater principalmente às questões de ordem de um modelo capitalista. Quando trazemos para a conta os dispêndios com saúde psíquica, emocional e fisiológica, torna-se incoerente desprezar as potencialidades que o uso controlado e já devidamente testado da *Cannabis*, como já repetido ao longo de toda a discussão, trazem para as pessoas que necessitam dos tratamentos que utilizam de seus princípios ativos. Por esses motivos, e de forma a se pensar em um modelo legislativo que seja compatível

101 Disponível em: https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders. Acesso em 28 jun. 2024.

com a polêmica natureza da abordagem normativa necessária à questão, apresentamos na seção seguinte as vantagens de se lançar mão da legislação experimental para verificar o risco-benefício da utilização da *Cannabis* e seus derivados no Brasil.

6 LEGISLAÇÃO EXPERIMENTAL

Políticas públicas que se preocupam com a efetiva qualidade e operacionalidade dos atos normativos acabam tendo que passar, em seus aspectos de avaliação prospectiva, pelo cálculo de custos de implementação de medidas que, muitas vezes, são onerosas aos cofres públicos tanto em termos de legalização (adoção de agências reguladoras, capacitações profissionais dos agentes públicos, apenas para citar alguns exemplos) quanto de punição (readequação de parâmetros policiais, estruturação de medidas restritivas de liberdade etc.). É nesse momento, e extremamente pertinente ao tópico da discussão acerca do tratamento legal à *Cannabis* no Brasil, como trazido nos pontos anteriores, que consideramos importante destacar o papel que o instituto da legislação experimental traz à discussão.

É inegável a importância do tratamento legislativo apropriado para um tema que interessa a tantos segmentos sociais, favoráveis ou desfavoráveis a maior ou menor legalidade, mas ainda assim nunca indiferentes à regulamentação. Para tanto, é preciso adequar às tendências mais modernas do trato normativo, o que pode ser obtido com a sistemática da legislação experimental.

De início, compartilhamos da definição de Gubler sobre legislação experimental, ao dizer que:

> (...) toda legislação experimental se destina, desde o início, **a ser uma medida temporária com o objetivo de embasar uma ação mais permanente**. Em muitos casos, se não na maioria, a agência irá estruturar a regra como uma regra temporária, normalmente sujeita a uma cláusula de encerramento automática

> que marca o fim do experimento[102]. (Gubler, 2017, p. 3, grifo próprio).

O que percebemos da definição é justamente o caráter de temporalidade atrelado à economia de custos quando da implementação de determinado ato normativo. Deve-se ter em mente que legislações experimentais muitas vezes recriam pequenos "laboratórios" experimentais para averiguar em que medida a efetividade da adoção de novas práticas ocorreria em maior escala, sem que com isso seja preciso despender muito do orçamento e tempo públicos. Essa inovadora espécie normatiza se adequa à urgência de se testar de forma mais objetiva e concreta os efeitos da implementação de políticas públicas, sem, contudo, firmar gastos exorbitantes e dispensáveis quando da constatação de impossibilidade de efetiva e permanente aplicação da legislação, quer por ineficiência do corpo regulador ou por inobservância dos destinatários da norma.

Tal prática não está tão longe do que o público está acostumado a ver em outras ocasiões. É bastante midiático, principalmente em um momento pós-pandemia da covid-19, a importância de estudos focais nos quais farmacêuticas recriam em um ambiente mais controlado experimentos para averiguar em que medida a eficácia de suas pesquisas surtirão efeitos quando levados para públicos maiores. Gubler (2017, p. 4), nesse sentido, prossegue no tema dizendo que a legislação experimental é, em muitas ocasiões, bastante valiosa por fornecer informações que, de outro modo, seriam impossíveis de serem alcançadas, principalmente por haver limitações quando se conta apenas com uma linha de raciocínio unicamente teórica.

Os benefícios da legislação experimental, crucial quando se fala de aportes vultosos de gastos públicos para efetivação de atos normativos, não teria como escapar de um tema complexo como

102 Tradução livre de: "Under this definition, all regulatory experimentation is intended from the beginning to be a temporary measure meant to inform more permanent action. In many, if not most cases, the agency will actually structure the rule as a temporary rule, typically subject to an automatic sunset provision that marks the end of the experiment."

a legalização da *Cannabis*, ou até mesmo a normatização de seus subprodutos para fins que não sejam meramente recreativos.

A Tailândia e a França, por exemplo, conduziram nos últimos anos projetos que viabilizaram a discussão parlamentar sobre o uso de derivados da planta para fins medicinais, com resultados positivos[103]. De forma similar e ainda mais recente, o governo suíço conduziu um experimento piloto inovador na Basileia ao permitir, durante um período de 2,5 anos, a venda em um número reduzido de farmácias de *Cannabis* recreativa com dosagens de THC de até 12%[104]. O projeto concluiu que há uma aceitação por parte significativa da população suíça pela descriminalização do porte de *Cannabis* até determinada quantidade (10g por mês), o que eventualmente poupará aos cofres públicos dispêndios desnecessários de especulações de como, quando e onde regular, por já terem suprimido em menor escala as incertezas que se fariam presentes em um cenário de teorização apenas.

Este é o grande mérito que destacamos da importância da utilização desta ferramenta legislativa no Brasil. Em um país com tal porte geodemográfico, seria irresponsável tratar de temas que envolvem aspectos tão polêmicos quanto os relativos à legalização da *Cannabis* sem os devidos estudos e investigações em microescala. Em uma sociedade constantemente em mudança e com os poderes públicos também se equilibrando nas discussões sobre a questão, determinações unicamente teóricas, sem a averiguação experiencial na prática, poderiam levar a prejuízos exorbitantes de eficácia, dinheiro e tempo para a solução de anomias no ordenamento.

103 Disponível em: https://eastasiaforum.org/2023/03/24/thailands-cannabis-policy-experiment/ e https://www.france24.com/en/europe/20240330-medical-cannabis-could-soon-get-green-light-in-france-after-unprecedented-trial. Acesso em 27 jun. 2024.

104 Disponível em: https://www.swissinfo.ch/eng/sci-tech/high-times-in-basel-swiss-city-experiments-with-recreational-cannabis/48928032. Acesso em: 27 jun. 2024.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre a legalização da *Cannabis* no Brasil ganha força a cada dia, impulsionado por diversos fatores como o potencial econômico da planta, os comprovados benefícios médicos e a crescente demanda por alternativas mais seguras e eficazes no tratamento de diversas doenças. Este texto apresentou uma análise aprofundada dos principais argumentos a favor da legalização, com foco em três pilares: autonomia de produção, benefícios médicos e, notadamente, a legislação experimental.

Como dito, o Brasil possui condições climáticas e geográficas excepcionais para o cultivo da *Cannabis*, tornando-o um potencial líder global na produção da planta e seus derivados. A legalização permitiria o desenvolvimento de uma cadeia produtiva completa, gerando empregos, impulsionando a economia e reduzindo a dependência de importações. Além disso, a utilização da *Cannabis* em diversos setores industriais abre um leque de oportunidades para o país. Quanto aos benefícios médicos, a legalização facilitaria o acesso à *Cannabis* para pacientes que necessitam de seus benefícios, além de impulsionar pesquisas e inovações na área da saúde.

Diante da complexa natureza do tema e dos impactos sociais, médicos e econômicos envolvidos, a legislação experimental surge como uma ferramenta valiosa para avaliar os riscos e benefícios da legalização da *Cannabis* de forma controlada e gradual. Essa abordagem permite a coleta de dados concretos sobre os efeitos da legalização em diferentes contextos, subsidiando decisões mais assertivas no futuro.

O que percebemos e concluímos, então, é que a legalização da *Cannabis* no Brasil não se trata apenas de uma questão de saúde pública ou economia, mas sim de uma oportunidade para o país se posicionar na vanguarda de um tema de atenção global. A autonomia de produção, os comprovados benefícios médicos e a possibilidade de implementação de legislação experimental configuram, claramente, um cenário favorável à legalização. Quando levamos todos estes elementos em consideração, dentre as inúmeras vantagens trazidas ao

longo deste artigo, permanece a insólita pergunta de a quem interessa, de fato, a não entrada e participação do Brasil em um mercado com tamanha ascensão global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLELIS, Patrick; GIACOMETTI, Carolina Fernandes. Use of medical cannabis in the treatment of endometriosis. **BrJP**, v. 6, p. 95–96, 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 27 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9782-26-janeiro-1999-344896-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635659/SP. Lei 11.343 de 2006. Crimes Previstos na Legislação Extravagante; Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas; Posse de Drogas para Consumo Pessoal. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024. **Diário de Justiça**

Eletrônico, Brasília, DF. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em: 29 jun. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 2113/2014**. Está autorizado o uso compassivo do canabidiol no tratamento de epilepsias em criança e adolescentes que sejam refratárias aos tratamentos convencionais. Brasília: CFM, 2014. Disponível: https://portal.cfm.org.br/canabidiol/novasregras.php#:~:text=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20cfm%202113%2F2014&text=Aprova%C3%A7%C3%A3o%3A%20Est%C3%A1%20autorizado%20o%20uso,sejam%20refrat%C3%A1rias%20aos%20tratamentos%20convencionais. Acesso em: 28 jun. 2024.

GIRÃO, Eduardo. **Projeto de Lei nº 5.158, de 2019.** Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, para obrigar o Sistema Único de Saúde a fornecer medicamentos que contenham o canabidiol como único princípio ativo. Brasília: Senado, 18 set. 2019.

GUBLER, Zachary. **Regulatory Experimentation**: Final Report. Administrative Conference of the United States, 2017. 62 p.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca.; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MIMURA, Paula Maria Preto; FERREIRA, Lisiane Seguti; PEREIRA, Carla Leal. Cannabinoids for the treatment of autism and childhood epilepsy. **BrJP**, v. 6, p. 139-141, 2023. DOI: 10.5935/2595-0118.20230022-en.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 3, de 26 de janeiro de 2015**. Dispõe sobre a atualização do Anexo

I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 e dá outras providências. Brasília: ANVISA, 2015. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2015/rdc0003_26_01_2015.pdf. Acesso em: 28 jun. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 17, de 6 de maio de 2015**. Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Brasília: ANVISA, 2015. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2015/rdc0017_06_05_2015.pdf. Acesso em: 28 jun. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 327, de 9 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais, e dá outras providências. Brasília: ANVISA, 2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-327-de-9-de-dezembro-de-2019-232669072. Acesso em: 28 jun. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 335, de 24 de janeiro de 2020**. Define os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Brasília: ANVISA, 2020. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/

RDC_335_2020_COMP.pdf/3db24cab-fd9f-4c73-bb48-1e5612f83a38. Acesso em: 28 jun. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 660, de 30 de março de 2022**. Define os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Brasília: ANVISA, 2020. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/6415139/RDC_660_2022_.pdf/cddad7b2-6a6c-4fbd-b30b-d56f38c50755. Acesso em: 28 jun. 2024.

PACHECO, Rodrigo. **Projeto de Emenda Constitucional nº 45, de 2023.** Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, observada a distinção entre traficante e usuário. Brasília: Senado, 18 abr. 2024.

REIS, Renandro de Carvalho; ALMEIDA, Kelson James; LOPES, Luciano da Silva; MENDES, Cíntia Maria de Melo; BOR-SENG-SHU, Edson. Efficacy and adverse event profile of cannabidiol and medicinal cannabis for treatment-resistant epilepsy: Systematic review and meta-analysis. **Epilepsy & Behavior**, v. 102, p. 106635, 2020. DOI: 10.1016/j.yebeh.2019.106635.

SÁ, Renata Maria Brito de; MOTTA, Luciana Branco da; OLIVEIRA, Francisco José de. Insônia: Prevalência e fatores de risco relacionados em população de idosos acompanhados em ambulatório. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, v. 10, n. 2, p. 217–230, maio 2007.

SCHIER, Alexandre Rafael de Mello et al. Cannabidiol, a Cannabis sativa constituent, as an anxiolytic drug. **Brazilian Journal of Psychiatry**, v. 34, p. 104–110, jun. 2012.

SILVA, Hygor Kleber Cabral; LOURENÇO, Rafaela Fernandes. Cannabinoid therapy within the Unified Health System, perspectives in relation to pain treatment. **BrJP**, v. 6, p. 44–48, 2023.

SOARES, Fabiana. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. nº 50, p. 124-142, jan.-jul. 2007.

SOUSA, Angela Maria; SLULLITEL, Alexandre; SERRA, Thiago Siqueira. Gaps in our knowledge and future research on the endocannabinoid system and the painful phenomenon. **BrJP**, v. 6, p. 97–102, 2023.

A TEORIA REFORMISTA E O PAPEL DA EDUCAÇÃO NO COMBATE À INSEGURANÇA ALIMENTAR

REFORMIST THEORY AND THE ROLE OF EDUCATION IN COMBATING FOOD INSECURITY

Maria Luiza Barbosa Ferreira[105]

Thaylor Vitor de Souza[106]

Resumo: Por anos a Teoria Malthusiana foi aceita para explicar a fome, defendendo que o rápido crescimento populacional ultrapassa a produção de alimentos, cujo déficit não teria acarretado um colapso em razão da desigualdade socioeconômica, tida como inevitável e necessária para a manutenção do equilíbrio, assim como guerras e epidemias. Contudo, tal teoria foi superada e hoje a Reformista é majoritária, pautando a insegurança alimentar como consequência da má distribuição de renda e ineficiência das políticas públicas. Em contraposição a teoria anterior, esta defende que o combate à fome se dá por intermédio de investimento em políticas públicas para amenizar a desigualdade social, como por exemplo o incentivo e desenvolvimento da educação. No Brasil, o sistema público de educação impacta direta e indiretamente contra a insegurança alimentar, desde a garantia de uma refeição diária ao incentivo financeiro (Programa Pé de Meia), objetivando a permanência e conclusão dos alunos.

Palavras-chave: Teoria Malthusiana; Teoria Reformista; Programa Pé de Meia.

105 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Faculdade de Direito. E-mail: marialuizabf@ufmg.br . Lattes: http://lattes.cnpq.br/6825538375930781.

106 Graduando em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Unidade de Ituiutaba - MG. E-mail: thaylor.1502813@discente.uemg.br . Lattes: http://lattes.cnpq.br/6480545868160793.

Abstract: For years, the Malthusian Theory was accepted to explain hunger, arguing that rapid population growth surpasses food production, and that the resulting deficit did not lead to a collapse due to socioeconomic inequality, which was seen as inevitable and necessary for maintaining balance, along with wars and epidemics. However, this theory has been surpassed, and today the Reformist perspective is predominant, viewing food insecurity as a consequence of income inequality and inefficient public policies. In contrast to the previous theory, this one argues that combating hunger is achieved through investment in public policies to mitigate social inequality, such as promoting and developing education. In Brazil, the public education system directly and indirectly impacts food insecurity, from guaranteeing a daily meal to providing financial incentives (Pé de Meia Program) aimed at student retention and graduation, among other initiatives.

Keywords: Malthusian Theory; Reformist Theory; Pé de Meia Program.

1 INTRODUÇÃO

A estruturação do presente trabalho dar-se-á pela relação do direito social à educação como ferramenta essencial para a garantia (direta e indireta) do direito social à alimentação (ambos Artigo 6º, *caput,* CF/88), o qual também se encontra disciplinado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ainda, a fim de entender a problemática da insegurança alimentar e estudar meios efetivos para o seu combate, será apresentada a superação da Teoria Malthusiana pela Teoria Reformista, a qual defende, em resumo, o investimento estatal em políticas públicas e em outros setores públicos, com o objetivo de diminuir a desigualdade social e pobreza.

Como ponto de partida, oportunamente enfatiza-se que o direito à alimentação é indispensável à conservação da vida, à saúde e ao desenvolvimento das atividades diárias. Contudo, a sua efetivação

não garante apenas a subsistência do homem. Para além disso, a alimentação propicia o gozo dos demais direitos fundamentais, em especial da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um princípio-condição da justiça social, uma vez que sua garantia constitui requisito essencial à sobrevivência do indivíduo e apenas após sua efetivação é possível o usufruto de outros direitos, como a educação, a saúde, a liberdade e assim por diante (Krell, 2002, p. 22-23).

Em harmonia ao entendimento de Andreas Joachim Krell (2002) da alimentação como um princípio-condição, pode-se citar uma passagem do livro "Direito da Alimentação", publicado em 2003, pela autora Maria João Estorninho, a qual pontua que "[...] a garantia à alimentação adequada deve ser objeto central de todos os Estados e de outros atores, a fim de erradicar a fome e a desnutrição." (Estorninho, 2013, p. 66).

Contudo, a realidade de milhões de pessoas é a de insegurança alimentar[107], um problema que assola todo a extensão planetária há incontáveis anos e que instigou alguns estudiosos a criarem teorias que tentassem explicar as suas causas e refletissem sobre possíveis soluções, das quais destaca-se a Teoria Malthusiana, que, embora já tenha sido superada, teve grande repercussão, bem como a Teoria Reformista, majoritariamente aceita, sendo que ambas são objeto de análise no presente artigo.

Thomas Robert Malthus (1766-1834), um matemático britânico, observou que durante o século XVIII houve um rápido crescimento populacional como consequência de algumas transformações sociais e econômicas da época, tais como a Revolução Industrial, o êxodo rural[108], desenvolvimento do capitalismo e a mudança nas formas

107 De acordo com o artigo 3º da Lei n° 11.346/2006 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional), a segurança alimentar "[...] consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis." Logo, a insegurança alimentar é conceituada pelo seu inverso.

108 De acordo com Erica Yázigi Roumieh (2023), o êxodo rural é o movimento migratório caracterizado pela saída da população da zona rural para a zona urbana,

de produção, acarretando-lhe preocupação quanto aos recursos disponíveis, especialmente no tocante aos alimentos. (Malthus, 2018)

A partir desta inquietação, surgiu a Teoria Malthusiana, publicada no livro *An Essay on the Principle of Population*[109] (1789), explicando que a população cresceria de forma exponencial, enquanto a produção de recursos cresceria linearmente; consequentemente, se a taxa de natalidade continuasse nesse ritmo, eventualmente a capacidade do planeta em produzir recursos não atenderia à demanda populacional, gerando fome, miséria e morte (Malthus, 2018).

Ao longo dos anos, Thomas Malthus expandiu e aprimorou a sua teoria, o que lhe rendeu outras obras como *Principles of Political Economy*[110] (1820) e *A Summary View of the Principle of Population*[111] (1830), gerando impacto duradouro nas discussões sobre crescimento populacional, política e economia, influenciando a formulação de políticas relacionadas ao controle da natalidade e ao desenvolvimento social. (Malthus, 2018) No entanto, também foi objeto de críticas e revisões ao longo dos anos, especialmente à luz do progresso tecnológico e das mudanças sociais.

No século XX, baseada no pensamento do sociólogo alemão Karl Marx, surge a Teoria Reformista, defendendo que a fome não é consequência do aumento populacional, mas resultado da má distribuição de renda, a qual consiste em um problema estrutural socioeconômico (Paniago, 2014).

Logo, a Teoria Malthusiana foi refutada a partir dos pensamentos marxistas, os quais compreendem que a pobreza não se deriva da escassez de alimentos, mas da ineficácia de determinados grupos sociais apropriarem-se de melhores condições de vida, o que possibilita a um grupo quantitativamente minoritário a concentração de riquezas. Assim, de acordo com Damini (2015), "[...] a questão da miséria da população não se restringe apenas à produção de alimentos, mas sim a

ou seja, do campo para a cidade.

109 Tradução livre: Um Ensaio sobre o Princípio da População.

110 Tradução livre: Princípios de Economia Política.

111 Tradução livre: Uma Visão Resumida do Princípio da População.

questão da inadequada distribuição dos recursos existentes." (Damini, 2015 *apud* Polon, 2019, p. 84).

Harmonicamente, Polon explica:

> A Teoria Reformista entende que a superpopulação é causada pela situação da pobreza, sendo o desemprego um dos principais fatores para produção desta categoria. A questão central, neste sentido, é quanto à já demonstrada capacidade de produção alimentar suficiente em termos mundiais, tendo-se em vista a quantidade de terras produtivas disponíveis ao longo do globo. No entanto, a concentração de renda em mãos de poucos, visando a exploração da mão-de-obra dos muitos restantes, é o que sustenta este sistema desigual, fazendo com que boa parte da população mundial viva em um estado de superprodução e subconsumo. (2019, p.84)

O novo pensamento evidencia a importância de reconhecer as estruturas de poder e as instituições sociais como elementos essenciais para instigar mudanças. Os pensadores reformistas operam dentro dessas estruturas, valendo-se dos processos democráticos e das instituições já estabelecidas para avançar com suas agendas políticas. Utilizando os recursos disponíveis, eles buscam implementar medidas que impactem nas políticas públicas, além de participar ativamente das eleições, estabelecerem alianças estratégicas e mobilizarem a opinião pública para alcançar seus objetivos (Paniago, 2014).

Através dos parâmetros econômicos, a teoria reformista busca defender a igualdade social e econômica de todas as classes na sociedade, dando devida atenção à redistribuição de recursos, ao fortalecimento do bem-estar social e à severa busca do conceito de igualdade e proteção ao vulnerável (Paniago, 2014).

Nesse sentido, Maria Cristina Soares Paniago, em seu artigo "Derrota do reformismo e abandono da crítica da economia política", disciplina que a " [...] noção de um crescimento com justiça social só é

aceita se ignorar a posição de classe em que se encontram distribuídos os 'cidadãos' na sociedade capitalista." (Paniago, 2014, p. 14). Assim, em uma sociedade capitalista, é dever do Estado a promoção de políticas públicas, bem como de órgãos públicos que promovam a assistência e estruturação à população, a fim de diminuir a desigualdade social e consequentemente os problemas acarretados por ela.

Diante dos conceitos e teorias apresentados, restou irrefutável a importância da atuação estatal para a garantia do direito social à alimentação. Portanto, a partir desta afirmação foi desenvolvido de forma breve no presente artigo uma das ferramentas de combate à insegurança alimentar: o investimento na educação básica.

A destinação adequada de verba para a garantia da qualidade e contínuo desenvolvimento das instituições públicas de ensino gera retorno direto e indireto no tratamento e erradicação da insegurança alimentar no país, tendo em vista que a alimentação escolar[112] garante diariamente uma refeição para cada estudante; os programas de incentivo financeiro estimulam a continuidade e conclusão dos estudos, impactando consideravelmente na diminuição da evasão escolar[113]; a oferta de bolsas de iniciação científica[114] instigam a profissionalização e aprofundamento dos estudos.

No tocante a construção do presente artigo, especifica-se que foi adotado o método qualitativo, apoiando-se na revisão bibliográfica

112 A Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, determina que a alimentação escolar seja oferecida aos alunos da educação básica (educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e educação de jovens e adultos) durante o período letivo.

113 Em dezembro de 2021, o Governo de Alagoas criou o Cartão Escola 10, o qual consiste na concessão de benefícios para estudantes da rede estadual matriculados no ensino médio e Educação de Jovens e Adultos (EJA) Ensino Médio com frequência escolar superior a 90%. De acordo com o governador Paulo Santos, o programa "[...] trouxe de volta para a sala de aula mais de 40 mil alunos que haviam evadido no auge da pandemia, 30% de acréscimo de um ano para o outro. Ou seja, estamos com nossos alunos em sala de aula e combatendo a evasão escolar" (Lins e Soriano, 2024).

114 A título de exemplificação, de acordo com o site do Programa de Iniciação Científica e Mestrado (PICME), o programa oferece aos estudantes que se destacaram nas Olimpíadas de Matemática (medalhistas da OBMEP) a oportunidade de realizar estudos avançados em Matemática simultaneamente com seus estudos. Os participantes recebem as bolsas de R$300,00 mensais, através de uma parceria com o CNPq (Iniciação Científica).

de livros e artigos científicos que abordassem tanto sobre as teorias populacionais quanto sobre economia e educação; canais de comunicação governamentais; estudo da legislação doméstica; bem como a interpretação e análise descritiva de dados disponibilizados pelos institutos brasileiros de pesquisa científica. Por fim, o trabalho foi organizado em dois capítulos de desenvolvimento, o primeiro irá abordar sobre os impactos do investimento em educação e segurança alimentar, ao passo em que o segundo irá abordar sobre o novo programa de incentivo financeiro-educacional, o Pé-de-Meia.

2 O INVESTIMENTO NA EDUCAÇÃO E NA SEGURANÇA ALIMENTAR COMO EFETIVAÇÃO DA TEORIA REFORMISTA

A ineficaz Teoria Malthusiana não sugeriu ou propôs avanços tecnológicos que pudessem solucionar o déficit alimentício, pelo contrário, defendia um Estado que deixasse para morrer os miseráveis e famintos, como meio de restabelecimento da harmonia social. Contudo, as transformações tecnológicas ao longo do tempo possibilitaram a concretização da revolução agrícola, permitindo a expansão da produção de alimentos e consequentemente suprir a demanda populacional, superando as limitações previstas pela teoria. Observa-se que a referida teoria mostra-se tendenciosa no tocante às soluções propostas para a manutenção do equilíbrio populacional, principalmente no que diz respeito à naturalização da desigualdade social.

Superada a Teoria Malthusiana, o objeto do presente artigo está em consonância com a Teoria Reformista, a qual destaca como a raiz dos problemas sociais a má distribuição de recursos pelo governo e a limitada implementação de políticas públicas, o que resulta em fome e pobreza. Portanto, em busca de métodos para o enfrentamento da insegurança alimentar, problema que ameaça a sobrevivência de milhões no Brasil, propõe-se o investimento estatal na segurança alimentar e na educação.

2.1 A SEGURANÇA ALIMENTAR COMO FERRAMENTA DE PERMANÊNCIA NAS ESCOLAS

Em 2020, no discurso de aceitação do Nobel da Paz, David Beasley, diretor executivo e representante do Programa Mundial de Alimentos (PMA), afirma que "[...] acabar com a fome é um primeiro passo crítico para a paz, além de ser também crucial para desenvolver uma melhor educação e aprendizagem." (PMA, 2020, p. 85).

Harmonicamente a este pensamento, no Brasil a alimentação consiste em um dos direitos fundamentais sociais, disciplinado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, tem caráter indispensável para a manutenção da vida, sendo elemento imprescindível para a conservação da saúde, desenvolvimento físico e cognitivo, além de ser fonte de energia, a qual é necessária para o exercício das atividades diárias. Portanto, pode-se afirmar que na infância a alimentação adequada, em quantidade e em qualidade, é essencial para garantir o crescimento em todos os seus aspectos (físico, cognitivo, intelectual, cultural e social) e consequentemente possibilitar o aprendizado.

Neste norte, a Lei nº 11.947/2009 dispõe, dentre outros programas, sobre a alimentação escolar, especificando no texto do artigo 4º que o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) ou "merenda escolar" como é popularmente conhecido, objetiva:

> [...] contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo (Brasil, 2009).

Embora a Lei seja datada de 2009, os primórdios do programa público nacional de alimentação escolar surgem na década de 50. Inicialmente, o Fundo Internacional de Socorro à Infância (Fisi)

proporcionou a continuidade do programa, através da distribuição de excedentes de outra campanha que este órgão financiava e com o passar dos anos foram celebrados outros convênios até o momento do financiamento majoritário do Ministério da Educação (Brasil, 2023).

Em 1988, a Constituição Federal assegurou o direito à alimentação escolar para todos os estudantes do ensino fundamental e mais de 20 anos depois, com a Emenda Constitucional nº 59 de 2009, que a merenda escolar foi universalizada a todos os estudantes da educação básica (fundamental, médio e Ensino de Jovens e Adultos) reformando o texto do dispositivo legal, como pode ser observado a seguir:

> **Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:**
> [...]
> **VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica,** por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, **alimentação** e assistência à saúde. (grifo próprio)

É importante destacar que o PNAE associou-se a outras políticas públicas, como a prioridade de compra dos alimentos advindos de povos indígenas, quilombolas e agricultura familiar (mínimo de 30%), gerando benefícios não apenas aos alunos que receberão alimentos mais saudáveis, mas a inúmeras famílias brasileiras que sobrevivem das suas pequenas propriedades de terra. Ainda, os cardápios são criados por nutricionistas que além de respeitar a cultura local, prezam em atender as demandas nutricionais dos alunos com maior vulnerabilidade socioeconômica e consequentemente com maior índice de insegurança alimentar (Brasil, 2023).

Neste norte, é fundamental destacar que uma alimentação balanceada promove alto rendimento analítico e funcional aos estudantes, em contraposição, a fome e insegurança alimentar

acarretam desatenção, baixo rendimento e até evasão escolar. Em complementação ao exposto, Alves e Bandeira (2022, p. 5) afirmam que "[...] fatores como fome, baixo nível socioeconômico, problemas familiares, aspectos sociais, entre outros, estão relacionados com o pior desempenho e a baixos resultados escolares de crianças e adolescentes de baixa renda." (*apud* Gassman-Pines e Bellows, 2018).

Infelizmente, a atual realidade de milhões de brasileiros é de insegurança alimentar, de acordo com o IBGE (2023), no ano de 2023 cerca de 21,6 milhões de domicílios estavam em situação de insegurança alimentar, ainda, a pesquisa demonstrou que:

> [...] 4,5% da população de zero a quatro anos de idade, e 4,9% da população de cinco a 17 anos de idade conviviam com insegurança alimentar grave.[...] Assim, considerando a distribuição dos moradores por grupos de idade, segundo a situação de segurança alimentar existente no domicílio, **observou-se maior vulnerabilidade à restrição alimentar nos domicílios onde residiam crianças e/ou adolescentes.** (IBGE, 2024) [grifo próprio]

De acordo com os dados apresentados pelo Observatório da Alimentação Escolar (ÓAÊ)[115] na publicação "Estudantes e Responsáveis: O que pensam sobre o Programa Nacional de Alimentação Escolar na Região Metropolitana do Rio de Janeiro", a maioria dos estudantes da região metropolitana do Rio de Janeiro (56%) tem a merenda escolar como a principal refeição do dia (ÓAÊ, 2023).

O grave cenário exposto potencializa a necessidade da merenda escolar, que para além dos argumentos levantados ao longo deste tópico, também pode constituir a única refeição do dia de milhares de crianças e adolescentes (Alves e Bandeira, 2022, p. 5 *apud* Roque, 2017). Em consonância, o relatório "Estado da Alimentação Escolar no

115 O ÓAÊ é o "resultado de uma ação conjunta entre organizações da sociedade civil e movimentos sociais para monitorar e mobilizar a sociedade sobre a importância do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)." (2024)

Mundo 2020" publicado pela PMA, analisou os dados mundiais sobre alimentação escolar e concluiu que:

> As escolas que receberam as intervenções de alimentação escolar comunicaram taxas de retenção mais elevadas e a disponibilidade de lanches escolares constituiu um incentivo para a matrícula, embora inúmeras barreiras sociais, econômicas, culturais e institucionais continuem a existir, colocando os estudantes em risco de abandono escolar. (PMA, 2020, p. 191)

Além disso, o Programa Mundial de Alimentos enfatiza que o Brasil possui um dos maiores programas de alimentação escolar do mundo e atualmente é o único com atendimento universal, oferecendo ao menos uma refeição diária aos estudantes da educação básica nas instituições públicas de ensino. Em complementação, o PMA destacou que o Programa Nacional de Alimentação Escolar atende cerca de 40 milhões de estudantes em território brasileiro e proporciona grande alívio a milhares de famílias durante a pandemia da covid-19, a partir da distribuição de cestas básicas e refeições. (PMA, 2020)

Diante de todo o exposto é inegável a importância do PNAE e outros programas de alimentação escolar ao redor do mundo, para a viabilidade da educação de qualidade e efetiva, possibilitando melhor absorção do conteúdo e maior concentração em sala de aula. Nas palavras de Ribeiro e Silva, "podemos constatar que a alimentação além de influenciar no aprendizado é um direito que todos os estudantes tenham acesso a uma alimentação de qualidade e que atenda às necessidades nutricionais dos alunos até a fase que frequentar a escola." (Ribeiro e Silva, 2013, p. 81).

2.2 O PAPEL DA EDUCAÇÃO NO COMBATE A INSEGURANÇA ALIMENTAR

No subtítulo anterior foi apresentado a importância da promoção da segurança alimentar aos estudantes, tanto como incentivo a permanência nas instituições de ensino quanto para o desenvolvimento físico, cognitivo e psicossocial dos alunos, enfatizando como uma refeição nutritiva pode influenciar positivamente no aprendizado.

O seu inverso é de igual relevância, uma vez que a educação é fundamental no combate à insegurança alimentar, sob duas perspectivas: a) de forma direta e imediata, com o oferecimento da merenda escolar, conforme explorado anteriormente; b) de forma indireta e prolongada, pois quanto maior a escolaridade de um profissional, em tese, melhores são as oportunidades de emprego e consequente maior é o salário, o que poderá possibilitar a saída deste indivíduo (e sua família) da linha da pobreza/miséria e concomitantemente abandonar permanentemente a situação de insegurança alimentar. Neste norte o presente subcapítulo irá se desenvolver, apresentando fundamentações e exemplos que comprovem a segunda afirmação.

Como ponto de partida os estudos de Queiroz e Nilza (2007) demonstram que os países com maior desenvolvimento socioeconômico são aqueles que investiram e continuam investindo na educação, pois o crescimento econômico, o desenvolvimento sustentável, a diminuição da desigualdade social, a criação de tecnologias, o aprimoramento de medicamentos e da medicina, bem como o bem-estar geral da população são frutos de uma forte e consolidada base educacional de qualidade.

Nesse sentido, explica-se que a educação ultrapassa a ideia do senso comum da decoração de fórmulas e teorias que não são facilmente aplicadas no dia a dia das pessoas, ela possibilita o desenvolvimento do pensamento crítico; o aprimoramento de habilidades das mais diversas áreas; o melhoramento da oratória; ensino na prática como conviver em sociedade, aprendendo a lidar com as especificidades de

cada indivíduo; criar laços de amizade; especializar-se para exercer alguma profissão; educar sobre finanças; informar-se sobre os riscos do uso de drogas, a existência de infecções sexualmente transmissíveis e como prevení-las, bem como sobre métodos contraceptivos; despertar a criatividade; inspirar futuras pesquisas; descobrir talentos em todas as áreas de inteligência e afins.

Portanto, é essencial instigar nos jovens durante a fase acadêmica a autoconfiança, criatividade e curiosidade, observar seus interesses e direcioná-los para caminhos que os possibilitem crescerem, desenvolverem suas habilidades e buscarem constantemente mais conhecimento. Segundo Groppo (2004), a juventude pode ser vista como um "estado de espírito", refletindo uma concepção pós-moderna dos comportamentos sociais, na qual o indivíduo tem certa liberdade para moldar e transformar sua identidade, comportamentos e valores. Dessa forma, as escolhas podem ser orientadas desde o início da educação nas escolas.

Sob uma perspectiva mundial, o relatório mais recente sobre a educação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), destaca que o Brasil ocupa a terceira pior posição no ranking entre os 42 países. O documento da OCDE demonstrou que o Brasil investe anualmente cerca de US$3.000,00 por aluno na educação pública, ao passo em que a média dos países ultrapassa os US$10.000,00 por ano (Capomaccio, 2023).

Os países que desembolsam mais recursos para a educação - Luxemburgo, Suíça e Bélgica -, recebem retorno econômico maior do que o investido, uma vez que suas altas taxas de escolaridade refletem profissionais mais qualificados, possibilitando o emprego de mão de obra especializada e de qualidade, acarretando melhorias e inovação na produção de tecnologias nas mais diversas áreas, beneficiando toda a sociedade (Capomaccio, 2023).

Em sintonia, mas em esfera nacional, o Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal do Espírito Santo realizou um estudo que comparou quais são os fatores que influenciaram na diferença salarial entre as regiões brasileiras, analisando os setores

da escolaridade, formalização e gênero. Os pesquisadores concluíram que a escolaridade foi o fator de maior relevância, confirmando que quanto maior a escolaridade do indivíduo, maior o seu salário (Delboni, 2024).

As taxas de insegurança alimentar acompanham essa lógica, de acordo com o PNAD Contínua de 2023:

> Mais da metade (52,7%) dos domicílios que estavam em situação de insegurança alimentar tinham responsáveis com menor nível de instrução (no máximo o ensino fundamental completo), ao passo que em 7,9% desses domicílios os responsáveis tinham nível superior. Nos domicílios em insegurança alimentar grave, 67,4% tinham responsáveis sem instrução ou com ensino fundamental incompleto ou completo, enquanto em 2,9% os responsáveis cursaram o nível superior (IBGE, 2024).

Percebe-se uma relação direta entre a escolaridade, a pobreza e a insegurança alimentar, embora não seja absoluto, a maioria das pessoas que encontram-se vulneráveis socioeconomicamente ou em situação de insegurança alimentar tem menores graus de escolaridade. Embora as pessoas com nível superior de instrução não estejam imunes a esses problemas, elas representam uma minoria.

Atualmente o governo federal possui políticas públicas que possibilitam a continuidade dos estudos da rede pública, como cotas nas universidades públicas, PROUNI e FIES nas universidades particulares, cursos profissionalizantes e técnicos gratuitos *online* e também o incentivo a entidades paraestatais como as do Sistema S (SENAI, SESI, SENAC).

Os fatos e dados apresentados confirmaram a afirmação de que quanto maior o investimento na educação, maior a qualificação de mão de obra e consequentemente a possibilidade de empregabilidade,

diminuindo assim a desigualdade social, bem como a insegurança alimentar e pobreza.

3 PROGRAMA PÉ DE MEIA COMO NOVO INSTRUMENTO POTENCIALIZADOR DA PERMANÊNCIA ESCOLAR E SEGURANÇA ALIMENTAR

Os fatos narrados anteriormente, expõem a inegável importância das instituições de ensino para a construção do intelecto, psicológico, cultura, habilidades e sociabilidade dos indivíduos. No entanto, a realidade socioeconômica de parte da população brasileira não permite que muitas crianças e jovens dediquem-se aos estudos, obrigando-os a exercerem algum ofício para prestar auxílio nas despesas de casa, levando muitos a abanarem as instituições de ensino. Embora alguns consigam conciliar o trabalho com os estudos, o seu aprendizado e sua produtividade são afetados negativamente, podendo fazê-los não concluir o ensino básico ou não profissionalizar-se, o que pode gerar obstáculos para uma ascensão econômica.

De acordo com os dados disponibilizados pelo Ministério da Educação (MEC), no ano de 2023, foram registradas 47,3 milhões de matrículas nas 178,5 mil escolas de educação básica no Brasil, cerca de 77 mil matrículas a menos em comparação com o ano de 2022 (MEC, 2024).

Sobre o assunto, frisa-se que a evasão escolar não é fruto apenas das diferentes realidades socioeconômicas dos alunos, mas também resulta da forma em que são geridas as instituições públicas de ensino, as disciplinas e o conteúdo ofertado, bem como as limitações na infraestrutura, material e horas de dedicação quando comparados às instituições privadas de ensino. Para os alunos, seu descontentamento com conteúdos maçantes e monótonos, sem a aplicação prática ou a adaptação na didática do professor, a precarização da infraestrutura das escolas, falta de material didático e acessibilidade para alunos com

deficiência torna a vida acadêmica nada atrativa, criando barreiras para o ingresso em cursos técnicos profissionalizantes e universidades.

Com o intuito de mudar essa realidade, a Lei nº 13.415/2017, popularmente conhecido como "Novo Ensino Médio", reestruturou a grade curricular do ensino médio, adotou um novo calendário acadêmico, incluiu disciplinas, alterou a carga horária de matérias tradicionais e propondo uma nova abordagem, a fim de preparar os alunos da escola pública de forma ampla, possibilitando o desenvolvimento de habilidades e conhecimento das mais diversas áreas de conhecimento e equiparando-os aos estudantes da rede privada (Brasil, 2017). O Ministério da Educação informou que no ano de 2023 a maioria das escolas já haviam promovido a implantação do modelo do Ensino Médio (MEC, 2024).

Por fim, no ano corrente deste ano, o Governo Federal criou um incentivo financeiro para a permanência e conclusão do ensino médio, denominado Programa Pé de Meia. Destinado aos alunos das instituições públicas de ensino e beneficiários do CadÚnico, o programa oferece bolsas para a matrícula, boas notas e conclusão de cada nível do ensino médio. O incentivo dá-se por intermédio de pagamentos anuais (os quais são pagos mensalmente) no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), logo, ao longo dos 3 anos do ensino médio, um aluno terá recebido R$ 9.200,00 (nove mil e duzentos reais), pois há uma bonificação de R$ 200,00 (duzentos reais) ao finalizar o terceiro ano, com o intuito de incentivar a realização do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

O aprendizado do estudante é um resultado de um conjunto de esforços, mas especialmente dos professores, os quais mantêm uma ligação direta com os estudantes. Compreender que a aprendizagem depende de métodos eficazes, que reconhecem os limites e as perspectivas de cada indivíduo, torna os objetivos educacionais mais alcançáveis, promovendo não apenas a educação, mas também o desenvolvimento pessoal, psicológico e social dos alunos.

Ademais, com a construção de novos métodos de didática, reformulação do currículo básico, ampliação de conhecimentos e

inclusão da prática, possibilita novas perspectivas para a educação, que realizaram ao planejamento de materiais como fundamental, entre o projeto de vida, que desenvolve áreas de como: financeiro, aprimoramento, saúde mental, e raciocínio lógico, vale ressaltar que:

> O Projeto de Vida trabalha sob a ótica de uma proposta educacional interdimensional, capaz de aliar aspectos cognitivos e não cognitivos na busca por um projeto escolar que traga significado para a educação ao mesmo tempo que contribui para uma formação integral do indivíduo (MEC, 2024, p. 37).

Nesse contexto, o foco pedagógico deve ampliar-se a outras dimensões, promovendo o estímulo ao desenvolvimento de outras inteligências, como o comportamento em sociedade, vejamos:

> [...] são estimulados a criar empreendimentos pessoais ou produtivos articulados com seus projetos de vida, que fortaleçam a sua atuação como protagonistas da sua própria trajetória. Para tanto, busca desenvolver autonomia, foco e determinação para que consigam planejar e conquistar objetivos pessoais ou criar empreendimentos voltados à geração de renda via oferta de produtos e serviços, com ou sem uso de tecnologias. (Lopes, 2024, p. 6 *apud* Portaria nº 1.432/2018, p. 4)

Retomando o raciocínio da Teoria Reformista, esta transforma-se no parâmetro para a explicação da igualdade e melhoria das condições socioeconômicas dos cidadãos, por meio do incentivo à educação básica, para que futuramente se cultue um país com alto Índice de Desenvolvimento Humanos (IDH) e com menos desigualdade social.

O método mais eficaz para a estruturação e desenvolvimento dos aspectos sociais e econômicos dos países é o investimento na educação, que não consiste no simples oferecimento do ensino básico,

mas na construção de uma rede de apoio que permita a permanência deste indivíduo na vida acadêmica e, consequentemente, possibilite aos seus responsáveis meios de sobrevivência que garantam uma vida digna.

Neste contexto, propõem-se algumas modificações na estruturação do sistema educacional a serem promovidas pelo Estado, como: o incentivo à permanência escolar; a garantia de três refeições diárias; o ensino sobre o gerenciamento de finanças pessoais e o incentivo cultural, por intermédio do aprendizado por formas não convencionais, como livros não-didáticos, filmes, músicas, viagens e visitas a museus, teatros, Organizações Não Governamentais (ONGs), demais órgãos públicos e privados (com o objetivo de conhecer novas profissões ou aprender a prática de determinada disciplina).

Como pontuado anteriormente, a construção de um sistema educacional integral de qualidade permite uma melhoria na estrutura familiar dos estudantes, pois possibilita aos responsáveis legais buscarem empregos em tempo integral, trazendo maior estabilidade financeira a essas famílias e, consequentemente, permite que esses alunos tenham mais oportunidades, diminuindo consideravelmente as chances de evasão escolar devido à necessidade de contribuir com o sustento do núcleo familiar.

Portanto, o programa Pé-de-Meia mostra-se promissor naquilo que se propõe, contudo, conforme exposto, é necessário também investir na infraestrutura, materiais atualizados e de qualidade, aumento salarial de professores e tornar o ensino acessível e libertador.

4 CONCLUSÃO

No presente texto, foi apresentado a superação da Teoria Malthusiana pela Teoria Reformista, abandonando a ideia de que a fome estaria condicionada ao crescimento exponencial demográfico. Assim, passou a adotar o pensamento de que o Estado é responsável pela promoção de políticas públicas que possibilitem maior

desenvolvimento socioeconômico da população e consequentemente a segurança alimentar.

A partir deste novo pensamento, o governo brasileiro criou políticas públicas que atuam na erradicação da fome, sendo que no presente artigo foi abordado sobre o investimento educacional. Ficou evidente que a promoção do desenvolvimento educacional impacta de forma direta e indireta no combate à fome no país, desde a garantia de uma refeição diária a milhões de crianças e adolescentes ao incentivo financeiro para a continuidade nos estudos, tudo isso gera frutos que ultrapassam a individualidade de cada estudante e alcançam a toda a sociedade.

No entanto, ainda há um longo percurso a ser trilhado e muitas melhorias a serem aplicadas no Brasil, principalmente no tocante ao aumento da destinação de verba para a educação básica, tal como é feito em países referência (Luxemburgo, Suíça e Bélgica).

Mesmo que apresente falhas, ainda pode-se tornar um grande investimento para o País, pois toda grande potência, se manteve fixa por meios de investimentos na educação, promovendo a população, melhores qualidade de avanço, movimento não só o desenvolvimento pessoal, mas o plano econômico de sua região.

Além disso, através da observação de políticas públicas adotadas no exterior, é possível analisar quais são passíveis de adaptação à realidade brasileira, permitindo maior desenvolvimento educacional em todos os níveis (básico, técnico, superior e especialização). Consequentemente, haveria um aumento significativo da qualificação/profissionalização da mão de obra, bem como da produção científica e tecnológica no país, que por sua vez propiciam o crescimento socioeconômico e a melhoria nas condições de vida populacional.

Em harmonia ao desenvolvido e com o objetivo de encerrar o presente texto, cita-se o filósofo estadunidense John Dewey, em sua frase que diz: "A educação é um processo social, é desenvolvimento. Não é a preparação para a vida, é a própria vida."

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em: 30 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm . Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. **Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências.** Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/consea/conferencia/documentos/lei-de-seguranca-alimentar-e-nutricional . Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. **Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.415, de 16 de fevereiro de 2017. **Altera as Leis n º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 11.494, de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº**

5.452, de 1º de maio de 1943, e o Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967; revoga a Lei nº 11.161, de 5 de agosto de 2005; e institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13415.htm . Acesso em: 05 set. 2024.

CAPOMACCIO, Sandra. Brasil é o terceiro pior entre 42 países, segundo relatório da OCDE sobre educação. **Jornal da USP**, São Paulo, 26 set. 2023. Disponível em: https://jornal.usp.br/?p=686926. Acesso em: 14 abr. 2024.

DELBONI, Maria Gertrudes Posmoser. **Desigualdade de Rendimentos no Brasil:** uma decomposição a partir da PNADC. 2023. 52 p. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Programa De Pós-Graduação em Economia. Universidade Federal Do Espírito Santo, Vitória, 2023.

DEWEY, John. **Experiência e educação**. 3. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1979.

ESTORNINHO, Maria João. **Direito da alimentação**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

GROPPO, Luís Antonio. Dialética das juventudes modernas e contemporâneas. **Revista de Educação do COGEIME**, v. 13, n. 25, p. 9-22, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Segurança alimentar nos domicílios brasileiros volta a crescer em 2023. **Agência de Notícias IBGE**, 4 set. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/39838-seguranca-alimentar-nos-domicilios-brasileiros-volta-a-crescer-em-2023>. Acesso em: 7 set. 2024.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAROCA, Rafaela; CAMARGO, AT de. **Alimentação Saudável:** importância também na adolescência. http://www. diaadiaeducacao. pr. gov. br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2016/2016_artigo_cien_uepg_rafaelalaroca. pdf. Acesso em: 7 set. 2024.

LINS, Ana Paula; SORIANO, Bruno. Inspirado no Cartão Escola 10 de Alagoas, Programa Pé-de-Meia é regulamentado por decreto presidencial. **Governo de Alagoas,** Alagoas, 27 jan. 2024. Disponível em: https://alagoas.al.gov.br/noticia/inspirado-no-cartao-escola-10-de-alagoas-programa-pe-de-meia-e-regulamentado-por-decreto-presidencial. Acesso em: 23 jan. 2024.

MALTHUS, Thomas Robert. **Um ensaio sobre o princípio da população:** a edição de 1803. New Haven: Yale University Press, 2018.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). Instituto Nacional De Estudos E Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). **Censo da Educação Básica 2023**. Brasília, DF: MEC, INEP 2023. Disponível em: https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/resumo_tcnico_censo_escolar_2023.pdf . Acesso em: 11 jul. 2024.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). Portaria Normativa Interministerial nº 17, de 24 de abril de 2007. **Institui o Programa Mais Educação, que visa fomentar a educação integral de crianças, adolescentes e jovens, por meio do apoio a atividades sócio-educativas no contraturno escolar.** Disponível em: http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/mais_educacao.pdf . Acesso em: 10 abr. 2024.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). Orientação pedagógica para trabalho com Projeto de Vida Enquanto componente curricular:

Diretrizes para elaboração de material pedagógico. MEC. Disponível em:https://extranet.sed.sc.gov.br/index.php/downloads/digr/formacao-continuada-deprofessores-da-educação-básica-descentralizada-fevereiro-de-2020/materiais-para-a-formação/ensinomédio/1276-manual-orientacao-pedagogica-para-projeto-de-vida/filé . Acesso em: 5 set. 2024.

MUNANGA, Kabengele. Considerações sobre as políticas de ação afirmativa no ensino superior. **O negro na universidade: o direito à inclusão. Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares**, p. 07-19, 2007.

OBSERVATÓRIO DA ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (ÓAÊ). **Estudantes e Responsáveis:** O que pensam sobre o Programa Nacional de Alimentação Escolar na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. 2023.

PANIAGO, Maria Cristina Soares. Derrota do reformismo e abandono da crítica da economia política. **Revista Novos Rumos**, v. 51, n. 2, dez. 2014. Disponível em: https://doi.org/10.36311/0102-5864.2014.v51n2.8233. Acesso em 14 abr. 2024.

POLON, Luana Caroline Künast. Elementos para discussão da população em geografia. **Revista Faz Ciência**, Paraná, v. 20, n. 31, p. 80, 2019. DOI: 10.48075/rfc.v20i31.19395. Disponível em: https://saber.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/view/19395. Acesso em: 23 abr. 2024.

PROGRAMA Mundial de Alimentos (PMA). Estado da Alimentação Escolar no Mundo. Roma: Programa Mundial de Alimentos. 2020. 259 p.

RIBEIRO, Gisele Naiara Matos; DA SILVA, João Batista Lopes. A alimentação no processo de aprendizagem. **Eventos Pedagógicos**, v. 4, n. 2, p. 77-85, 2013.

ROUMIEH, Erica Yázigi. Êxodo rural: o que é, o que causa e quais as consequências? **Politize,** 19 fev. 2023. Disponível em: https://www.politize.com.br/exodo-rural/. Acesso em: 10 abr. 2024.

DESIGUALDADE RACIAL NA DOCÊNCIA DO ENSINO SUPERIOR: A IMPORTÂNCIA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

RACIAL INEQUALITY IN HIGHER EDUCATION TEACHING: THE IMPORTANCE OF AFFIRMATIVE ACTIONS

Juliana Coelho Lima Gac[116]

Resumo: Este trabalho investiga a discrepância na presença de professoras e professores negros e brancos no curso superior de Direito no Brasil, discutindo a adoção de ações afirmativas, especificamente na forma de cotas raciais, para o ingresso de docentes negros como um mecanismo de reparação histórica ao povo negro, que ainda enfrenta exclusão em diversas áreas, incluindo a docência no Brasil. A metodologia emprega análise bibliográfica e documental, com foco nos dados primários da Sinopse Estatística do Ensino Superior de 2023, elaborada pelo INEP. A relevância do estudo reside no enfoque sobre a necessidade de cotas para docentes, avançando o debate para além da inclusão de discentes, e na utilização inovadora de dados obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação, ainda não amplamente divulgados. O trabalho contribui para o avanço da discussão sobre cotas raciais para docentes do ensino superior, propondo aprimoramentos que visam a equidade racial e a justiça social.

Palavras-chave: Cotas raciais; Ensino Superior; Docentes; Políticas Públicas.

Abstract: This study investigates the discrepancy in the presence of Black and White professors in higher education law programs in Brazil, discussing the adoption of affirmative actions, specifically

116 Pesquisadora. Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (Bolsista CAPES). Mestre em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (Bolsista CAPES/PROSUC - 2021). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018). Membro do grupo de pesquisa Estado e Direito no Pensamento Social Brasileiro. Contato: julianaclgac@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8048166773177427

in the form of racial quotas, for the inclusion of Black faculty as a mechanism of historical reparation for the Black population, which still faces exclusion in various areas, including academia in Brazil. The methodology employs bibliographic and documentary analysis, focusing on the primary data from the 2023 Statistical Synopsis of Higher Education, prepared by INEP. The study's relevance lies in its focus on the need for quotas for faculty, advancing the debate beyond student inclusion, and in the innovative use of data obtained through the Freedom of Information Law, which has not been widely disseminated. This work contributes to the advancement of the discussion on racial quotas for higher education faculty, proposing improvements aimed at achieving racial equity and social justice.

Keywords: Racial quotas; Higher Education; Faculty; Public Policies.

1 INTRODUÇÃO

Apesar da adoção da Lei nº 12.990 de 2014, que estabelece a reserva de 20% das vagas em concursos públicos para candidatos negros, incluindo concursos para docentes de universidades federais, observa-se que a porcentagem de professores negros — especialmente de professoras negras — não aumentou significativamente nos últimos dez anos de vigência da lei. Dados divulgados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) em 2023, referentes a 2022, revelam que a maioria dos docentes no ensino superior, tanto em instituições públicas, quanto privadas, ainda é composta predominantemente por homens brancos.

Diante da discrepância observada entre a porcentagem de professores e professoras brancos e negros no curso superior de Direito no Brasil, este trabalho tem como objetivo discutir a implementação de ações afirmativas como um mecanismo necessário para a reparação histórica ao povo negro (Vaz, 2022), que continua a enfrentar exclusão em áreas do mercado de trabalho, como a docência no curso de Direito.

Nesse sentido, serão analisadas as ações afirmativas na forma de cotas raciais, considerando-as como uma política pública voltada para corrigir as desigualdades estruturais (Vaz, 2022) resultantes do racismo estrutural e institucional que permeia a sociedade brasileira (Almeida, 2018), com fins de promover justiça social para grupos subalternizados.

A metodologia adotada inclui a análise bibliográfica de textos sobre direito antidiscriminatório e a análise documental, com ênfase nos dados primários da Sinopse Estatística do Ensino Superior elaborada pelo INEP, que fornece informações de 2023 sobre o perfil dos docentes, com foco no curso de Direito.

Além disso, será realizada uma análise que considera o caráter interseccional da discriminação, uma vez que a interseccionalidade oferece ferramentas para compreender as especificidades dentro de um grupo (Collins; Bilge, 2020), como no caso das professoras negras no curso de Direito.

Por fim, a relevância deste trabalho advém do foco na adoção e aprimoramento das cotas para o ingresso de docentes no ensino superior, avançando a discussão para além das cotas voltadas para discentes. O estudo também se destaca pela inovação ao considerar a utilização de dados obtidos pela Lei de Acesso à Informação (LAI) que ainda não foram amplamente divulgados.

2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS A PARTIR DA LEI DE COTAS

Ações afirmativas são mecanismos criados para facilitar o acesso de indivíduos pertencentes a grupos vulnerabilizados a oportunidades no mercado de trabalho e no ensino (Moreira, 2016). Inicialmente, é importante destacar que, sem a implementação dessas medidas, esses indivíduos possivelmente não teriam acesso a tais espaços (Vaz, 2022).

Existem diversas formas de ações afirmativas, como o acréscimo de porcentagens nas notas de provas de vestibular para grupos específicos, com o objetivo de promover o ingresso desses grupos e

superar desigualdades regionais. No entanto, a forma mais utilizada e conhecida de ações afirmativas no Brasil são as cotas raciais, que serão discutidas de forma aprofundada neste artigo.

No Brasil, observa-se uma grande desigualdade racial, reflexo dos mais de 300 anos de escravidão que deixaram marcas profundas na sociedade, perceptíveis até os dias atuais. Há uma clara divisão racial que marginaliza as pessoas negras.

As pessoas negras ainda ocupam as piores posições sociais, enfrentando condições adversas de moradia e saúde, e são também as principais vítimas da violência policial. Segundo o IPEA (Cerqueira; Bueno, 2024) e a Rede de Observatórios de Segurança (Ramos *et. al.,* 2023), os negros representavam 76,5% das vítimas de homicídio e 63,9% das pessoas mortas por policiais em São Paulo e 86,98% no Rio de Janeiro durante o período das pesquisas.

Quando se analisa o mercado de trabalho e a renda, o cenário é igualmente desvantajoso. As pessoas negras são maioria em postos de trabalho de menor prestígio social e com menor remuneração. De acordo com o IBGE (2021), as pessoas negras são predominantes na atividade agropecuária (60,7%), na construção (64,1%) e nos serviços domésticos (65,3%). Além disso, o rendimento per capita médio das pessoas negras entre 2012 e 2019 foi cerca de metade do valor percebido pelas pessoas brancas (IBGE, 2020).

Importa, aqui, considerar a situação específica das mulheres negras, que enfrentam múltiplas opressões relacionadas a gênero, raça e classe. Nesta esteira, a análise interseccional dos sistemas de opressão, como os mencionados, facilita uma compreensão mais profunda dos problemas complexos resultantes da interação simultânea desses diversos sistemas de opressão, como é o caso das mulheres negras brasileiras (Collins; Bilge, 2020).

> A interseccionalidade, ao reconhecer que a desigualdade social raramente é causada por um único fator, adiciona camadas de complexidade aos entendimentos a respeito da desigualdade

> social. Usar a interseccionalidade como ferramenta analítica vai muito além de ver a desigualdade social através de lentes exclusivas de raça ou classe; em vez disso, entende-se a desigualdade social através das interações entre as várias categorias de poder (Collins; Bilge, 2020, p. 48).

As mulheres negras representam a maioria das trabalhadoras domésticas (67,3%), das quais apenas um quarto possui carteira assinada e 35% contribuem para a previdência social (DIEESE, 2023). Além de representarem 39,8% das pessoas extremamente pobres e 38,1% das pessoas pobres (IBGE, 2020). Percebe-se que há a necessidade de se atentar detidamente para a situação destas mulheres e compreender como as categorias de poder influenciam na socialização dos indivíduos.

Os dados supracitados foram trazidos apenas a título de demonstração da situação enfrentada pela população negra no Brasil, estes não buscam demonstrar toda a realidade encontrada. Mesmo que seja um recorte específico, é possível compreender que não há igualdade racial no país, bem como que a raça é uma construção social que tem consequências concretas na vida das pessoas (Moreira, 2016).

As estruturas da sociedade brasileira foram forjadas pelo racismo, que permeia todos os espaços, especialmente os de poder (Almeida, 2019). Os grupos privilegiados possuem as melhores oportunidades e ocupam as melhores posições sociais.

O racismo institucional também é um importante fator a se considerar na sociabilização dos grupos vulneráveis. Esta forma de racismo se manifesta no interior das instituições públicas e privadas, indo além das relações interpessoais e ocorre pela negação de oportunidades, impedimento de conseguir promoções, tratamento diferenciado ou arbitrário para pessoas negras, entre outras discriminações (Moreira, 2020).

Desta forma, torna-se necessária a criação de elementos que busquem alterar o quadro observado. A busca de minimizar a

subalternação das pessoas negras é uma questão de busca de justiça social, mas, para além disso, é também uma questão de cumprir os preceitos observados na Constituição Federal de 1988. Esta estabelece em seu texto que são objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça e outras formas de discriminação (Brasil, 1988). É impossível que se alcance os objetivos fundamentais da nação enquanto continuar existindo a subalternização de parte importante da sociedade, que, inclusive, representa mais da metade da população, cerca de 55,5% (IBGE, 2022).

Uma das formas de buscar realizar os objetivos constitucionais é por meio das políticas públicas (Bucci, 2006). Estas buscam coordenar os recursos estatais disponíveis a fim de que sejam concretizados direitos (Bucci, 2006), especialmente para grupos vulnerabilizados.

As cotas raciais são um tipo de política pública que visa ampliar a presença de pessoas negras em espaços antes dominados apenas pelo grupo hegemônico. As políticas universalistas, que não consideram as características específicas de seu público-alvo, não foram suficientes para reduzir as desvantagens observadas pelos negros (Carneiro, 2011). Assim, as cotas raciais tornam-se essenciais para a diminuição das desigualdades estruturais enfrentadas. Como definiu Adilson Moreira,

> as ações afirmativas são políticas sociais destinadas à criação de uma representação significativa de membros de grupos minoritários nas posições de poder existentes dentro da sociedade. [...] Em relação aos seus objetivos, as ações afirmativas procuram construir um futuro igualitário, ao concorrer para a realização da justiça social, o que pode acontecer pela garantia da igualdade de resultados (Moreira, 2016, p. 132).

Para além da pura representação, as cotas raciais são importantes para aumentar a presença de pessoas negras em locais que elas não tinham acesso anteriormente e naturalizar sua presença em locais antes monopolizados pela branquitude (Vaz, 2020).

As cotas raciais possuem como fundamentação o "princípio constitucional da igualdade, notadamente da compreensão das noções de igualdade de oportunidades e igualdade de resultados" (Vaz, 2022, p. 83). A visão da igualdade, baseada em uma interpretação emancipatória de direitos, neste caso, considera a diferença estrutural presente na sociedade, anteriormente mencionada, oferecendo um tratamento simétrico para os diferentes grupos sociais (Moreira, 2016). Considera-se, ainda, o pluralismo necessário para que as instituições sejam verdadeiramente democráticas e a defesa da justiça social (Moreira, 2016).

Outro ponto relevante, são os elementos essenciais para as políticas de cotas: a reparação em favor de sujeitos pertencentes a grupos subalternizados devido às discriminações sofridas, bem como os reflexos das discriminações do passado que perduram até os dias atuais; diminuir as hierarquias de raça presentes na sociedade; redução de privilégio dos grupos com maiores vantagens sociais; aproximação da igualdade de resultados (Vaz, 2022).

O direito, para além da questão constitucional, possui papel fundamental na criação e implementação da política de cotas. Uma vez que este se caracteriza por "uma tecnologia de controle social utilizada para a consecução de objetivos políticos e para a correção do funcionamento institucional" (Almeida, 2018, p. 135), este torna-se imprescindível para a manutenção das ações afirmativas. Apesar do sistema jurídico poder aprofundar as desigualdades sociais e raciais, este também pode servir como mecanismo de emancipação social de grupos marginalizados (Moreira, 2016), quando se considera ferramentas como as cotas, que estão em discussão neste texto.

Neste sentido, dispositivos que estabelecem discriminações positivas – discriminação positiva ocorre quando "não há a intenção

de subjugar e sim de promover a inclusão" (Moreira, 2016, p. 132) – dão concretude às ações afirmativas e às cotas raciais.

Apesar da intenção da promoção de inclusão, houve grande resistência das elites na aprovação das cotas raciais no Brasil. Foi realizado, inclusive, um manifesto assinado por intelectuais e personalidades influentes e endereçado ao Congresso Nacional (Carneiro, 2020). Este fato demonstra a dificuldade dos grupos hegemônicos em renunciar a seus privilégios e buscar o melhor para a sociedade no geral, não apenas para seus próprios interesses.

> A reivindicação de cotas e políticas de ação afirmativas [...] representa sua confirmação [das pessoas negras] como sujeito de direitos, consciente de sua condição de credor social de um país que promoveu a acumulação primitiva de capital pela exploração do trabalho escravo, não ofereceu nenhum tipo de reparação aos negros na abolição e permanece lhe negando integração social por meio das múltiplas formas de exclusão racial vigentes na sociedade, das quais o não acesso à educação é uma das mais perversas. [...] A adoção de ações compensatórias deve ser a expressão do reconhecimento de que é chegada a hora de o país se reconciliar com uma história em que o mérito tem se constituído em um eufemismo para os privilégios instituídos pelas clivagens raciais persistentes na sociedade (Carneiro, 2011, p. 95).

Ainda que tenha havido dificuldades, o Movimento Negro conseguiu que a lei 12.711 de 2012, que instituiu cotas socio-raciais para o ingresso de alunos no ensino superior (Brasil, 2012), fosse aprovada. Esta política estabeleceu a reserva de 50% de vagas para alunos com renda per capita inferior a um salário-mínimo. Esta porcentagem ainda deve prever a reserva proporcional de vagas para estudantes autodeclarados pretos, pardos, indígenas, quilombolas e pessoas com

deficiência (Brasil, 2012). A política de cotas raciais foi uma das mais bem sucedidas em termos de promoção de igualdade racial e combate ao racismo (Vaz, 2022).

O reflexo do aumento de alunos negros nas universidades ocasiona "impactos ideológicos e econômicos, pois, ainda que timidamente, tende a alterar a percepção que se tem sobre a divisão social do trabalho e a política salarial" (Almeida, 2018, p. 165).

Outro dispositivo, este especialmente relevante para esta pesquisa, é a lei 12.990 de 2014, que reserva 20% das vagas de concursos públicos para as pessoas negras (Brasil, 2014). Contudo, a lei prevê uma ressalva importante, que a reserva de vagas só ocorrerá para concursos com no mínimo três oferecidas no certame, fato este que será mais bem abordado nos próximos tópicos do texto.

Importa mencionar que há uma diferença crucial entre as duas leis citadas, a lei que reserva vagas para os estudantes de ensino superior consiste em cotas sócio raciais, sendo a lei 12.990 o único dispositivo a ter como critério unicamente racial.

Ao considerar o critério racial exclusivamente, independente da classe social do beneficiário da política, a lei de reserva de vagas para os concursos pública "reconhece o peso do racismo como elemento estruturante das desigualdades e que limita a determinados grupos o usufruto de níveis mais elevados de progresso social alcançado pela sociedade brasileira" (Silva e Silva, 2014, p. 3). Reforça, da mesma forma, como as cotas raciais foram criadas como mecanismos de inclusão racial e combate ao racismo e não como políticas de distribuição de renda (Mello e Resende, 2020).

Para além da diferença mencionada, ambas as leis possuem o critério temporal, que estabelece que deve ser revista a necessidade da lei após um prazo determinado, no caso em tela, dez anos. Todavia, como o trabalho buscará demonstrar no próximo tópico, este período não foi suficiente para que fosse superada a desigualdade racial nos campos em que se propôs. E as políticas públicas devem permanecer enquanto a raça se mantiver como fator determinante para a socialização das pessoas pertencentes a grupos raciais vulnerabilizados (Vaz, 2022).

As cotas raciais são políticas que beneficiam a sociedade em geral, não apenas grupos subalternizados (Moreira, 2020), pois possibilita uma sociedade mais democrática e igualitária. Ademais,

> se essa presença [de pessoas negras] se multiplica - e vem acompanhada de uma postura antirracista pautada na identidade, consciência e letramento raciais ela é revolucionária. Por isso, podemos dizer que as cotas raciais notadamente no contexto brasileiro são uma revolução silenciosa (Vaz, 2022, p. 83).

Nesta medida, é importante estudar sua aplicação e formas de melhorá-la.

O próximo tópico trará dados sobre a presença de docentes negros no ensino superior, com enfoque especial na área do direito, bem como discussões acerca de como este campo é afetado pelo racismo estrutural.

3 A FOTOGRAFIA DOS DOCENTES DE DIREITO

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), no ano de 2023, divulgou a Sinopse Estatística do Ensino Superior, que apresentou o perfil dos docentes do curso superior no Brasil, com dados referentes ao ano de 2022. Na referida pesquisa, apurou-se que há 316.792 docentes do curso superior no total, considerando instituições públicas e privadas, destes, 167.082 são do gênero masculino e 149.710 são do gênero feminino (INEP, 2023).

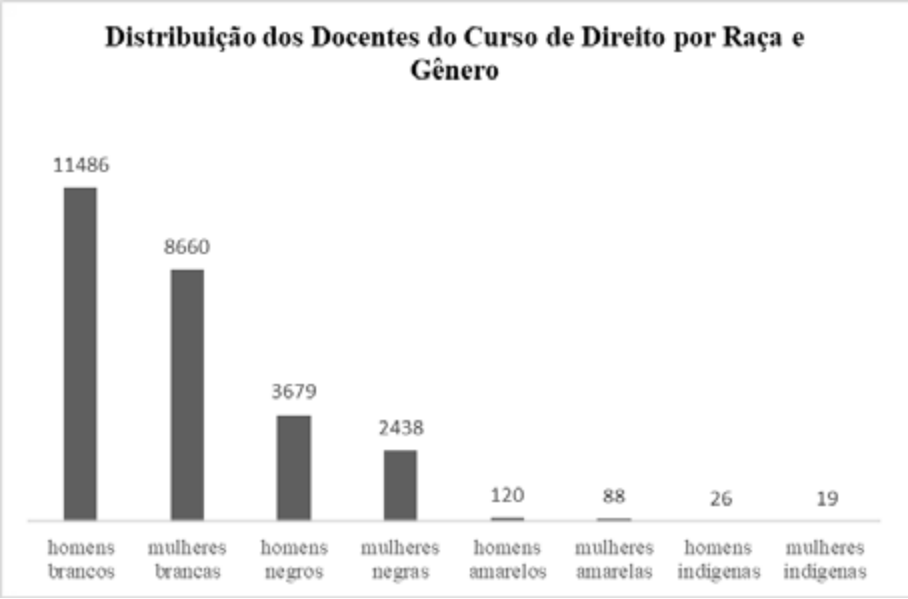
A Sinopse trouxe dados como: o grau de formação dos docentes, idade, nacionalidade, região em que lecionam, tipo de instituição em que trabalha, raça e gênero, traçando um retrato bem completo dos docentes do ensino superior.

Com relação à raça e gênero, assunto discutido neste trabalho, observa-se que 84.800 docentes do gênero feminino são brancas, 23.259 são pardas, 3.511 são pretas, 1.513 amarelas e 194 indígenas. Professores do gênero masculino, por sua vez, são compostos por 91.978 brancos, 27.053 pardos, 4.488 pretos, 1.781 amarelos e 298 indígenas. Um dado relevante é que não há informações sobre a raça de 36.433 docentes do gênero feminino e 41.484 docentes do gênero masculino, tanto devido à ausência de dados quanto ao fato de que alguns docentes optaram por não declarar sua cor/raça (INEP, 2023). Isso dificulta uma compreensão abrangente da situação real. Ainda assim, é possível observar a discrepância entre os docentes no ensino superior quando se considera tanto a raça quanto o gênero.

Os dados acima apresentados foram divulgados amplamente no site do INEP, contudo, não houve separação com relação ao curso em que o docente leciona. Desta forma, a autora, por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), requereu os dados referentes apenas ao curso superior de direito para poder observar esta área especificamente.

O INEP apresentou os dados solicitados em que se observa que o Brasil possui 31.965 docentes em Direito, considerando instituições públicas e privadas. Desagregando os dados por gênero, nota-se que há 18.462 docentes do gênero masculino e 13.503 do gênero feminino. Considerando a raça, há 20.146 docentes brancos, 5.402 pardos, 715 pretos, 208 amarelos e 45 indígenas (INEP, 2023). Da mesma forma que com relação a todos os cursos superiores, não há informação da raça de 5.549 docentes, o que, novamente, não impede reflexões acerca dos dados colhidos.

Houve também, a apresentação dos dados desagregados por raça e gênero dos docentes, simultaneamente, como se observa no gráfico a seguir.



Fonte: Autoria própria e a partir dos dados do INEP 2023

O INEP apurou que havia 11.486 docentes brancos, 8.660 docentes brancas, 3.679 docentes negros, 2.438 docentes negras, 120 docentes amarelos, 88 docentes amarelas, 26 docentes indígenas do gênero masculino e 19 docentes indígenas do gênero feminino.

Pode ser observada uma grande desigualdade com relação tanto a raça quanto ao gênero no curso de direito, o que comprova a influência do racismo estrutural e institucional na academia.

Mello e Resende (2019) observaram em pesquisa discrepância semelhante com relação a oferta de vagas para professores negros em universidades federais, sem considerar cursos específicos. Os pesquisadores monitoraram editais de 2014 a 2018 para ingresso de docentes em universidades federais visando observar a aplicação da lei nº 12.990 de 2014 e identificaram que das 15.055 vagas ofertadas no período apenas 742 (cerca de 4,93%) foram reservadas para pessoas negras e 388 para pessoas com deficiência (Mello e Resende, 2019). Das 63 universidades pesquisadas apenas 9 cumpriram a reserva de 20% prevista em lei. Estes concluíram que os concursos para a carreira de

docente do curso superior das universidades federais estão longe de cumprir a reserva de cotas raciais prescritas na lei supracitada (Mello e Resende, 2019).

> Estas diferenças raciais se mantêm na composição dos cargos públicos da administração federal, ainda que ocupados por meio de concursos públicos calcados na meritocracia e na transparência. Ou seja, esses mecanismos pretensamente neutros, assim como nas políticas universais, ainda não conseguiram reverter este quadro, justificando a necessidade de ações afirmativas (Silva e Silva, 2014, p. 3).

Nota-se o motivo de que as cotas raciais e as ações afirmativas sejam mantidas e aprimoradas, a fim de não apenas aumentar o número de docentes no curso superior, como aumentar a diversidade nesses espaços.

Atualmente ocorre a naturalização da ausência de docentes negros nos cursos superiores (Vaz, 2020). Um dos motivos por que isso ocorre é que se "espera pela/o negra/o selvagem, pela/o negra/o bárbara/o, por serviçais negras/os, por negras prostitutas, putas e cortesãs, por negras/os criminosas/os, assassinas/os e traficantes" (Kilomba, 2020, p. 26). Não se espera um negro acadêmico que ocupe uma posição intelectual de prestígio.

Isto, pois, no Brasil a universidade é um local de privilégio e destaque, feito para pessoas brancas (Almeida, 2018). Permanecer neste espaço assegura às pessoas que frequentam o curso superior oportunidades de salários maiores, influência social e poder (Cordeiro, Diallo; Cordeiro, 2019). Contudo, é um ambiente excludente, em que se observa segregação racial e invisibilização das mulheres negras na docência (Ferreira; Teixeira; Ferreira, 2022). Nesse sentido, o meio acadêmico se configura como

> um espaço branco onde o privilégio de fala tem sido negado para as pessoas negras. Historicamente, esse é um espaço onde temos estado sem voz e onde acadêmicas/os brancas/os têm desenvolvido discursos teóricos que formalmente nos construíram como a/o "Outras/os" inferior, colocando africanas/os em subordinação absoluta ao sujeito branco. Nesse espaço temos sido descritas/os, classificadas/os, desumanizadas/os, primitivizadas/os, brutalizadas/os, mortas/os (Kilomba, 2020, p. 35).

Os negros foram reiteradamente vistos como objetos de estudo, não como sujeitos que podem produzir conhecimento e se manter como docentes.

Outro ponto que merece destaque e auxilia a compreender sobre a ausência das pessoas negras na docência dos cursos superiores, especialmente de um curso que oferece prestígio social como o de direito, é o fato de que as pessoas negras, foram impedidas, inclusive por lei, de terem acesso à educação formal (Vaz, 2022).

À época da escravidão, que, como foi trazido no tópico anterior continua influenciando a sociedade, as elites temiam as consequências da propagação das letras entre a população negra, o que gerou incompatibilidade entre escravidão e educação (Vaz, 2022). Por isso, as estratégias de reconstituição da humanidade de grupos subalternizados por meio do letramento, como a adoção de ações afirmativas, são muito importantes, já que propicia a ocupação de espaços antes reservados apenas para os grupos hegemônicos (Vaz, 2022).

A adoção e cumprimento das cotas raciais, bem como o aumento da presença de pessoas negras na docência de cursos de ensino superior como o do direito promove a ascensão, inserção social das pessoas negras e oferece opção de escolha para estas (Vaz, 2022). É necessário, também, para haver o avanço nas pesquisas com temáticas raciais, para que os alunos que ingressaram recentemente pela

política de cotas se sintam representados e possam ser devidamente orientados. Ademais, promove a diversidade racial nas instituições, o que possibilita avançar nas questões de democracia, igualdade e justiça social (Moreira, 2017).

O último tópico do texto tratará sobre os entraves para o cumprimento dos ditames da lei de cotas para o ingresso na docência de nível superior e meios de superá-los.

4 AS COTAS SÃO O CAMINHO PARA A AMPLIAÇÃO DE DOCENTES NEGROS NO CURSO DE DIREITO?

Apesar dos avanços já conseguidos, ainda se está muito longe de alcançar a equidade de raça e gênero na docência dos cursos de graduação do Brasil, especialmente no de Direito, que está sendo discutido com maior detalhamento.

Um obstáculo para a concretização do efeito pretendido pelas cotas raciais é o fato de que, em geral, concursos para docência em nível superior possuem poucas vagas. Além disso, elas são divididas por departamentos, possuindo uma vaga ou duas em cada departamento por certame. Como informado no tópico anterior, a lei de cotas apenas prevê a reserva de vagas para concurso com três vagas ou mais.

Em suma, os certames de magistério superior não costumam aplicar eficazmente as ações afirmativas. Havendo uma espécie de esquiva ao disposto em lei.

Outro ponto, é o fato de não haver consenso na aplicação do percentual de 20% de reserva de vagas para o concurso de docentes, pois há uma interpretação variável da lei. Como resultado, a pesquisa de Mello e Resende (2019) observou que a reserva de vagas não está sendo aplicada na maior parte dos concursos para docentes do nível superior.

Observa-se que o racismo estrutural atualiza seus mecanismos para que não haja alteração no *status quo* dos grupos dominantes na sociedade (Almeida, 2018). Apesar de realizar algumas concessões

como aprovar a lei de cotas, a sociedade encontra meios de furtar-se à aplicação da norma e barrar avanços que caminhem em direção da justiça social e racial.

Ao mesmo tempo que caminha em busca da equidade, formula novos jeitos de retroceder nos direitos de grupos minorizados.

Uma das propostas de melhoria da política pública é adotar "medidas como estratégias de recrutamento voltadas para a população negra e ajustes no formato dos concursos, como a aglutinação de vagas" (Silva e Silva, 2014, p. 17). Evitar a departamentalização das vagas impediria as universidades de driblarem a aplicação das cotas raciais e efetivamente aumentaria o número de docentes negros.

Criar vagas específicas para pessoas negras, visando aumentar o número de docentes negros, seria outra estratégia. Estas vagas poderiam ter critérios flexíveis para que mais professores negros entrem na docência em nível superior, fundamentando sua existência na discriminação positiva, permitida em nosso ordenamento jurídico. Isto, pois, como mencionado, as pessoas negras possuem os piores níveis de educação, o que dificulta que estes tenham as mesmas condições de ingressar no magistério superior que a grande maioria das pessoas brancas.

Mesmo que possivelmente fossem criadas atualizações advindas do caráter estrutural do racismo para evitar a equidade na docência superior, é importante que não se pare de aprimorar a política pública e buscar meios para que haja justiça racial e possibilidade de escolha para membros de grupos subalternizados.

A criação e manutenção das cotas é um importante passo em direção da justiça racial, mesmo que não esteja caminhando na velocidade desejada.

5 CONCLUSÃO

"As cotas raciais são um pequeno, porém, firme passo rumo ao nosso sonho de liberdade" (Vaz, 2022, p. 27).

As ações afirmativas consistem em políticas públicas que oferecem escolha, equidade e justiça para grupos subalternizados. Estas são importantes mecanismos para que sejam concretizados os preceitos de igualdade e justiça presentes na Constituição federal de 1988.

Embora os grupos dominantes busquem a todo custo evitar a avanços sociais, por meio da luta de movimentos sociais é possível observar avanços tímidos no sentido da igualdade racial no país.

A lei de cotas foi um desses avanços e consiste em um dos elementos que melhor propiciou a igualdade quando se pensa em questão racial no país.

Contudo, como observado durante o texto, mesmo após dez anos de sua criação, os avanços ainda seguem um ritmo lento, havendo uma enorme discrepância quando se considera o número de docentes negros e brancos no ensino superior do Brasil. Seja devido más condições de socialização a que são submetidas as populações negras no país, aos estereótipos negativos a que estão sujeitos, seja pelo fato que a docência ainda é uma profissão de elite, reservada em sua maioria para os grupos opressores.

É necessário estudar a política de cotas, compreender os entraves e óbices à sua aplicação para haver o seu aprimoramento. Torna-se imperioso, também, compreender a influência do racismo estrutural para os grupos minorizados, de forma a superar suas adaptações que visam sempre impedir a superação da desigualdade racial no país.

Enfim, para que é importante que o país alcance a justiça racial e social e que as pessoas negras sejam livres para ocupar os espaços que desejarem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014** Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília-DF: Presidência da República, 2014.

BUCCI, Maria Paula. O conceito de política pública em direito. *In:* BUCCI, Maria Paula (org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.

CARNEIRO, Sueli. **Escritos de uma vida.** São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). **Atlas da violência 2024**. Brasília: Ipea; FBSP, 2024. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/14031. Acesso em: 02 set. 2024.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. **Interseccionalidade**. São Paulo: Boitempo, 2020.

CORDEIRO, Maria José de Jesus Alves; DIALLO, Cíntia Santos; CORDEIRO, Ana Luisa Alves. Por que Cotas Para Negros e Negras na Pós-Graduação? **Revista Ensaios e Pesquisa em Educação e Cultura**, vol. 06, p. 107-123, 2019.

DIEESE. **Trabalho Doméstico.** São Paulo: DIEESE, 2003. Disponível em: https://www.dieese.org.br/infografico/2023/trabalhoDomestico2023.html Acesso em: 12 jul. 2024.

FERREIRA, Edimara Maria; TEIXEIRA, Karla Maria Damiano e Ferreira, Marco Aurelio Marques. Prevalência racial e de gênero no perfil de docentes do ensino superior. **R. Katál.**, v. 25, n. 2, p. 303-315, 2022.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

IBGE. **Censo Demográfico 2022**: Identificação étnico-racial da população, por sexo e idade. Brasília: IBGE, 2022.

INEP. **Sinopse Estatística do Ensino Superior - 2022**. Brasília-DF: INEP, 2023.

KILOMBA, G. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Rio de Janeiro: Cobogó, 2020.

MELLO, Luiz; RESENDE, Ubiratan Pereira de. Concursos públicos para docentes de universidades federais na perspectiva da Lei

12.990/2014: desafios à reserva de vagas para candidatas/os negras/os. **Revista Sociedade e Estado**, vol. 34, n. 1, p. 161-184, 2019.

MELLO, Luiz; RESENDE, Ubiratan Pereira de. Concursos públicos federais para docentes e ações afirmativas para candidatos negros. **Cadernos de Pesquisa**, v. 50, n. 175, p. 8-28, 2020.

MOREIRA, Adilson José. Miscigenando o Círculo do Poder: Ações Afirmativas, Diversidade Racial e Sociedade Democrática. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, vol. 61, n. 2, p. 117-148, 2016.

MOREIRA, Adilson José. Privilégio e Opressão. **Revista Observatório Itaú Cultural**, v. 21, p. 30-46, 2016.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

RAMOS, Silvia *et. al.* **Pele alvo: a bala não erra o negro.** Rio de Janeiro: CESeC, 2023. Disponível em: https://observatorioseguranca.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2023/11/RELATORIO_REDE-DE-OBS_PELE-ALVO3_final.pdf Acesso em: 04 set. 2024.

SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. **Nota Técnica n. 17, sobre a "reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013".** Brasília: Ipea, 2014. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5781/1/NT_n17_Reserva-vagas-negros-concursos-publicos_Disoc_2014-fev.pdf Acesso em: 10 jun. 2024.

VAZ, Lívia Sant'Anna. **Cotas Raciais.** São Paulo: Jandaíra, 2022.

RACISMO: IMPACTO E AMEAÇA AOS DIREITOS HUMANOS. UMA ANÁLISE CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

RACISM: IMPACT AND THREAT TO HUMAN RIGHTS. A CRITICAL ANALYSIS OF CORPORATE RESPONSIBILITY

Reinaldo Pereira da Silva[117]

Katya Kozicki[118]

Resumo: Este estudo examina o racismo como um risco latente aos direitos humanos, visando reavaliar a "Responsabilidade Corporativa de Respeitar" esses direitos. O objetivo é destacar a importância da conscientização e ação das empresas na identificação e enfrentamento do racismo. A metodologia inclui análise de práticas como *due diligence* para detectar discriminação e abordar impactos adversos do racismo, além do papel da divulgação, diversidade e disparidade racial. Explora-se a liderança empresarial como ferramenta crucial para impulsionar mudanças. Propõe-se a incorporação de uma abordagem antirracista na responsabilidade corporativa, visando a transformação efetiva. Conclui-se que, ao evoluir da responsabilidade para a oportunidade, as empresas podem prevenir danos aos direitos humanos e promover a equidade racial, fortalecendo a sociedade.

Palavras-chave: Antirracismo; #VidasNegrasImportam; Diversidade; Racismo; Responsabilidade empresarial.

Abstract: This study examines racism as a latent risk to human rights, aiming to reassess the "Corporate Responsibility to

117 Advogado; Mestrando em Direito no PPGD/UFPR; email: reinaldo.pereira@ufpr.br; lattes: http://lattes.cnpq.br/5824088414930387.

118 Professora titular de Teoria do Direito da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, programas de graduação e pós-graduação em Direito. Pesquisadora do CNPq; e-mail: katyakozicki@gmail.com; lattes: http://lattes.cnpq.br/8804746815321094.

Respect" these rights. The objective is to highlight the importance of corporate awareness and action in identifying and addressing racism. The methodology includes the analysis of practices such as due diligence to detect discrimination and address adverse impacts of racism, as well as the role of disclosure, diversity, and racial disparity. Business leadership is explored as a crucial tool to drive change. The incorporation of an anti-racist approach into corporate responsibility is proposed, aiming for effective transformation. It concludes that by evolving from responsibility to opportunity, companies can prevent harm to human rights and promote racial equity, thereby strengthening society.

Keywords: Antiracism; #BlackLivesMatter; Diversity; Racism; Corporate responsibility.

1 INTRODUÇÃO

George Floyd (1973-2020) e Genivaldo de Jesus Santos (1985-2022), compartilham uma série de similitudes, sendo as mais proeminentes a sua etnia e o padrão operacional que culminou em suas mortes.

Darnella Frazer, uma testemunha adolescente de um trágico encontro com forças policiais, utilizou plataformas de mídia social para divulgar um vídeo registrado por seu dispositivo móvel, mostrando um policial branco ajoelhado, de maneira aparentemente despreocupada, sobre o pescoço de George Floyd, um homem negro que estava algemado. Essa ação perdurou por quase nove minutos. A rápida disseminação do vídeo provocou agitação civil em todo o território dos Estados Unidos (EUA) e instigou protestos internacionais. De maneira análoga, por meio de vídeos amplamente difundidos em plataformas de mídia social, a sociedade brasileira tomou conhecimento da abordagem policial que resultou na morte de Genivaldo.

No Brasil, Genivaldo não foi o primeiro indivíduo afrodescendente a perder a vida em uma intervenção policial. Sublinhando a ilegalidade de algumas ações envolvendo o uso da força letal pelas instituições

policiais brasileiras, o governo enfrentou uma sentença desfavorável da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2017. Esta sentença estava relacionada à morte de 26 pessoas em dois casos de chacina ocorridos na cidade do Rio de Janeiro, em 1994 e 1995, no evento conhecido como Favela Nova Brasília. Conforme delineado na sentença da CIDH, além das graves transgressões cometidas pelos agentes policiais, após duas décadas, o sistema judiciário não conseguiu imputar responsabilidade aos autores dos delitos.

Especialistas independentes dos Procedimentos Especiais do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas emitiram uma declaração conjunta, condenando veementemente o "racismo sistêmico" e a "violência racial apoiada pelo Estado" nos EUA. George Floyd também não foi a primeira pessoa negra desarmada a perder a vida sob custódia policial em circunstâncias questionáveis nos EUA. Porém, seu assassinato motivou diversas pessoas a confrontarem de modo incisivo a realidade do racismo permanente na sociedade estadunidense.

Uma parte considerável do setor empresarial reagiu à convulsão civil nos momentos subsequentes ao assassinato de George Floyd com declarações solidárias, repudiando o racismo e prometendo apoiar a busca por igualdade racial. Marcas comerciais engajaram-se na adoção do movimento #BlackLivesMatter em suas campanhas de marketing. Líderes empresariais manifestaram interesse em avaliar criticamente políticas e práticas específicas, com o objetivo de discernir de que maneira tais elementos podem inadvertidamente promover a discriminação racial ou perpetuar a desigualdade racial.

Um estudo conduzido pelo Instituto Ethos, organização dedicada a auxiliar empresas na gestão de suas atividades com responsabilidade social, abrangeu as 500 principais organizações do Brasil em 2016. Os resultados revelaram um cenário de desigualdade e sub-representação de pessoas negras. Notavelmente, a grande maioria dessas empresas não implementa medidas destinadas a promover uma maior presença de indivíduos afrodescendentes em qualquer nível hierárquico.

Pouco mais de um ano após o trágico óbito de Genivaldo, ainda não há uma data definida para o julgamento dos agentes de segurança diretamente envolvidos na intervenção policial mencionada. Vale ressaltar que a Justiça Federal de Sergipe decidiu que esses indivíduos devem ser submetidos ao crivo de um júri popular, como parte do processo legal em andamento.

Decorridos três anos desde o falecimento de George Floyd, é evidente que o ímpeto das manifestações diminuiu. Paralelamente, o agente de polícia responsável pelo incidente foi submetido a um processo judicial, resultando em sua condenação e subsequente cumprimento de pena pelo crime cometido. Em 2021, o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos lançou a iniciativa "UNGPs 10+", para comemorar o décimo aniversário dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, com o objetivo de delinear uma trajetória abrangente para a sua implementação.

Neste contexto, é especialmente oportuno reexaminar o significado da responsabilidade empresarial no respeito aos direitos humanos em um sistema econômico marcado por aspectos raciais. É crucial refletir sobre como as corporações podem responder de maneira mais eficaz aos apelos por justiça racial. Existem valiosas lições a serem extraídas da forma como as empresas interagiram com ativistas do movimento #VidasNegrasImportam e com o contexto mais amplo do movimento por justiça racial.

2 DESVINCULANDO-SE DO RACISMO: UMA JORNADA PARA O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, é essencial reconhecer as estratégias empregadas por certos setores empresariais para instrumentalizar o racismo e legitimar a exploração laboral. A prosperidade econômica dos Estados Unidos está enraizada no comércio transatlântico de escravizados e na labuta de gerações de afrodescendentes subjugados. O trabalho

assalariado de imigrantes viabilizou a construção da ferrovia transcontinental, criando uma ampla rede comercial e de transporte que permitiu à indústria estadunidense desenvolver uma economia robusta. Apesar da contribuição significativa desses grupos para a riqueza nacional, as comunidades não brancas foram submetidas às leis segregacionistas de *Jim Crow Laws*[119] e frequentemente excluídas das oportunidades igualitárias em âmbitos educacionais e econômicos.

No Brasil, embora não exista legislação correspondente às *Jim Crow Laws* dos Estados Unidos, o país possui uma história marcada pela discriminação racial e social. Durante a escravidão e após a abolição, diversas políticas e práticas discriminatórias foram direcionadas à população negra e aos descendentes de africanos. A discriminação racial no Brasil se manifestou de maneira mais difusa e menos institucionalizada em comparação com as leis segregacionistas dos EUA. Ainda assim, é possível identificar práticas discriminatórias em várias áreas, como acesso à educação, oportunidades de trabalho, habitação e serviços públicos.

A história marcada por racismo e colonialismo aumentou a vulnerabilidade de trabalhadores racialmente diversos, especialmente negros, em relação aos brancos. A discriminação racial persistente limita suas oportunidades de emprego e dificulta a evasão da exploração no mercado de trabalho. Nos Estados Unidos, especialmente nas indústrias digitais, indivíduos não brancos compõem desproporcionalmente a força de trabalho de baixo custo e considerada dispensável.

Trabalhadores imigrantes, constituindo uma minoria racial, representam a maioria da força de trabalho no setor agrícola e são frequentemente excluídos de determinadas proteções estipuladas

119 *Jim Crow Laws* eram uma série de leis estaduais segregacionistas que foram promulgadas nos Estados Unidos, principalmente nos estados do Sul, após a Guerra Civil Americana e que perduraram até o movimento pelos direitos civis nas décadas de 1950 e 1960. Em 1955, as chamadas leis Jim Crow, em vigor desde a reconstrução pós-Guerra Civil, exigiam a separação das raças nos ônibus, restaurantes e locais públicos no sul dos EUA. A segregação racial legalmente sancionada excluía os negros de vários trabalhos e os impedia de morar em certos bairros ao norte.

pelas leis trabalhistas. No caso de empresas que utilizam mão de obra prisional, seja sem remuneração ou com remuneração insuficiente, essas corporações dependem majoritariamente de detentos de etnia negra, resultado das disparidades raciais presentes na administração do sistema de justiça penal, gerando benefícios que podem ser associados ao fenômeno conhecido como *New Jim Crow*[120].

George Floyd exercia a função de segurança em estabelecimentos urbanos, mas, assim como uma vasta parcela de cidadãos ao redor do mundo, foi dispensado de seu emprego em virtude da pandemia do Novo CoronaVírus. Por outro lado, Genivaldo J. S., embora aposentado, era uma figura conhecida na cidade, por conta da sua atividade na comercialização de rifas.

O estudo "Jovens Negros e o Mercado de Trabalho", elaborado pelo Núcleo de Pesquisa Afro do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap) em parceria com o Instituto de Referência Negra Peregum, sob encomenda do Banco Mundial, revela uma disparidade significativa mesmo quando a população negra supera os obstáculos educacionais, resultando em retornos substancialmente inferiores. Esse panorama desfavorável é corroborado por análises quantitativas e qualitativas. No Brasil, aproximadamente 60% dos trabalhadores informais são negros, enquanto apenas 6,3% ocupam postos de gestão e menos de 5% estão em funções executivas. Além

120 "*New Jim Crow*" é um termo que se refere a um conceito desenvolvido pela escritora e professora Michelle Alexander em seu livro de mesmo nome, cuja primeira publicação ocorreu em 2010. Essa expressão é utilizada para descrever a persistência de práticas e sistemas de controle social que têm efeitos similares ao sistema de segregação racial conhecido como *Jim Crow Laws* que vigorou nos Estados Unidos principalmente durante os anos de 1877 a 1960. O *New Jim Crow* se refere ainda, à forma como o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos, principalmente através da aplicação rigorosa das leis de drogas, resultou em um sistema de desigualdade racial, em que as minorias, especialmente os afrodescendentes, enfrentam desproporcionalmente prisões, condenações e perda de direitos, perpetuando uma espécie de segregação social, mesmo após o movimento pelos direitos civis ter supostamente superado o *Jim Crow Laws*. A obra de Alexander destaca como as políticas de controle penal contribuem para uma nova forma de marginalização racial, constituindo uma espécie de continuação do sistema de discriminação em uma roupagem contemporânea. Ver: Alexander, M. The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness. New York: The New Press. 2012. p.180.

disso, quase metade das mulheres negras enfrenta o desemprego. A pesquisa destaca, contrariando preconcepções, que a barreira principal não é a falta de interesse dessas populações em ingressar no sistema educacional e no mercado de trabalho, mas sim uma desigualdade estrutural no acesso. A solução para esse problema requer uma abordagem que aborde questões estruturais.

É relevante reconhecer as estratégias empregadas por determinados líderes empresariais para promover a melhoria das relações raciais. Como ilustração, o Reverendo Leon Sullivan[121], membro do conselho da General Motors, utilizou sua influência para se opor às legislações racistas do regime do apartheid vigentes na África do Sul, onde a mencionada corporação possuía operações. Ele advogou pela prática de desobediência civil no âmbito corporativo e introduziu os chamados *Sullivan Principles*, um conjunto de diretrizes éticas que acabou sendo adotado por diversas corporações multinacionais atuantes na África do Sul. Esses princípios exigiam igualdade salarial, justiça no emprego e a eliminação da segregação racial no ambiente de trabalho.

Adicionalmente, quando segmentos segregacionistas no estado de Atlanta, EUA, recusaram apoio a um evento destinado a reconhecer o Prêmio Nobel da Paz concedido a Martin Luther King Jr. em 1964, o CEO da Coca-Cola, J. Paul Austin[122], interveio. Ele ameaçou realocar

121 Reverendo Leon Sullivan (1922-2001), influente líder religioso e ativista dos direitos civis nos Estados Unidos. Reconhecido por sua defesa dos direitos humanos, justiça social e igualdade racial, bem como por sua abordagem inovadora no campo empresarial. Sullivan era defensor da responsabilidade social das empresas e desempenhou um papel importante na promoção da mudança positiva nas práticas corporativas em relação à igualdade racial. Sua atuação tanto no âmbito religioso quanto empresarial teve um impacto significativo nas questões raciais e sociais dos Estados Unidos.

122 J. Paul Austin (1915-1985) foi um proeminente executivo norte-americano, notável por sua carreira na indústria de bebidas e pela liderança na empresa Coca-Cola. Durante sua gestão como CEO e presidente da Coca-Cola, de 1962 a 1981, Austin desempenhou um papel crucial na expansão global da empresa, consolidando sua posição como uma das marcas mais reconhecíveis e bem-sucedidas internacionalmente. Sua visão estratégica foi fundamental para a entrada da Coca-Cola em mercados internacionais e a diversificação de produtos, além de sua ênfase na responsabilidade social empresarial. J. Paul Austin também foi ativo em questões filantrópicas e serviu

a empresa para outro local, a menos que a comunidade empresarial branca manifestasse apoio à celebração integrada na cidade. Austin justificou sua posição argumentando que, como uma entidade de alcance internacional, a empresa não poderia permanecer em uma cidade que não prestasse homenagem a um laureado com o Prêmio Nobel.

No contexto brasileiro, uma figura que se assemelha ao Rev. Leon Sullivan, especialmente voltada para a população negra, é o sociólogo e ativista Abdias do Nascimento[123]. Sua atuação destacou-se pelo trabalho incansável na promoção dos direitos e da igualdade racial no Brasil, bem como pela defesa da cultura afro-brasileira e pela luta contra o racismo. À semelhança de Sullivan, Abdias do Nascimento buscou a conscientização e a mobilização da população negra para combater a discriminação racial e promover uma sociedade mais justa e igualitária.

Ainda no cenário da similaridade, o empresário Jorge Paulo Lemann[124] é frequentemente comparado a J. Paul Austin em termos de influência nos negócios e impacto em várias indústrias. Lemann é um dos fundadores do grupo de investimento 3G Capital, que está envolvido em várias aquisições significativas em empresas de alimentos e bebidas, como a Ambev, Burger King e a fusão da Heinz com a Kraft Foods. Assim como J. Paul Austin, Lemann é conhecido por sua visão estratégica e por sua busca de expansão internacional,

em várias organizações de prestígio. Seu legado inclui o fortalecimento da marca Coca-Cola no contexto global e a promoção de práticas corporativas socialmente responsáveis.

123 Abdias do Nascimento (1914-2011). Sociólogo, político, artista e ativista brasileiro, conhecido por seu comprometimento na luta contra o racismo e pela promoção dos direitos da população negra no Brasil. Sua trajetória incluiu lutas políticas, participação na fundação do Movimento Negro Unificado e atividades acadêmicas, com ênfase na pesquisa e defesa dos direitos humanos. Sua influência e contribuição são significativas na história da luta antirracismo e no fortalecimento da consciência racial no Brasil.

124 Jorge Paulo Lemann (Rio de Janeiro, 26 de agosto de 1939), economista e empresário suíço-brasileiro. Sua trajetória é marcada por empreendedorismo bem-sucedido e impacto no cenário empresarial internacional. Em 2019 foi considerado pela Forbes o segundo homem mais rico do Brasil, com uma fortuna estimada em US$ 22,8 bilhões.

bem como por suas práticas empresariais focadas em eficiência e resultado. Lemann também desempenhou um papel proeminente no âmbito da filantropia e investimentos sociais no Brasil. Embora sua atuação não seja exclusivamente voltada para a população negra, ela se assemelha à postura socialmente responsável defendida por Austin em sua época.

3 RACISMO COMO RISCO AOS DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES E AÇÕES NECESSÁRIAS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece uma proibição inequívoca à discriminação, afirmando que "todos os indivíduos nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vedam expressamente a discriminação baseada em critérios raciais, de cor e origem nacional. A Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial destaca a importância de "erradicar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações". A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD) [125] enfatiza a necessidade de adotar medidas eficazes para eliminar políticas que propiciem divisões raciais ou perpetuem práticas discriminatórias. Portanto, é indubitável que a discriminação racial contraria as normas do direito internacional dos direitos humanos.

125 CERD - Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, a "discriminação racial" é definida como "qualquer ato de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em características de raça, cor, origem descendente, ou origem nacional ou étnica que tenha a intenção ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, desfrute ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais em diversas esferas da vida pública, como o âmbito político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo". Essa definição está em conformidade com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

A trágica ocorrência dos falecimentos de George Floyd nos Estados Unidos e de Genivaldo J. S. no Brasil atribui uma dimensão ainda mais substancial à responsabilidade social empresarial (RSE). Esses eventos lamentáveis suscitam reflexões profundas acerca do papel das empresas na sociedade, especialmente no que concerne à promoção da equidade, justiça e respeito aos direitos humanos. Tais acontecimentos sublinham não apenas a importância de as empresas condenarem ativamente a discriminação racial, mas também de adotarem práticas e políticas que promovam a diversidade, a inclusão e a equidade em todos os níveis da organização. A RSE implica não apenas a manifestação de solidariedade em contextos de crise, mas também uma atuação enérgica para erradicar preconceitos e construir ambientes de trabalho onde cada colaborador, independentemente de sua origem, sinta-se reconhecido e respeitado.

Os falecimentos de George Floyd e Genivaldo J. S. convocam as empresas a assumirem a responsabilidade social de maneira mais abrangente e eficaz, contribuindo para um mundo onde a dignidade e a igualdade sejam asseguradas a todos, independentemente de sua origem, raça ou posição social.

As empresas têm a responsabilidade inerente de respeitar os direitos humanos. Os Princípios Orientadores das Nações Unidas estabelecem que as empresas "devem evitar violar os direitos humanos de terceiros e, ao se envolverem em determinadas situações, devem enfrentar e atenuar os impactos negativos sobre os direitos humanos". É essencial interpretar esses princípios de modo a incluir as disposições antidiscriminação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No entanto, os Princípios Orientadores das Nações Unidas adotam uma postura predominantemente neutra em relação ao aspecto racial, pois não mencionam explicitamente a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD). O termo "raça" está completamente ausente no texto dos Princípios Orientadores, e a referência a "minorias nacionais ou étnicas" aparece apenas uma vez, em um comentário que busca esclarecer as obrigações estatais de promulgar políticas e regulamentos que imponham às

empresas o respeito pelos direitos humanos, reconhecendo os desafios específicos enfrentados por determinados grupos.

Embora os Princípios Orientadores das Nações Unidas apresentem uma lacuna substancial em relação ao tema da "raça", é crucial interpretá-los como englobando implicitamente o racismo como uma violação dos direitos humanos. Determinadas cláusulas desses Princípios podem servir de base para desenvolver estratégias eficazes voltadas à diminuição do risco de violações dos direitos humanos por meio da discriminação racial. A realização de *due diligence*[126] e avaliações de impacto nos direitos humanos, a divulgação pública de dados e a aplicação de influência para prevenir ou mitigar desafios são elementos que podem contribuir significativamente para instaurar as condições essenciais para a erradicação do racismo ou para a redução de sua incidência.

3.1 DUE DILIGENCE COMO FERRAMENTA ANTIRRACISTA: IDENTIFICAÇÃO E INTERVENÇÃO

Líderes empresariais têm demonstrado um renovado interesse em realizar a devida diligência para compreender como determinados produtos, políticas e práticas podem facilitar ou perpetuar a discriminação racial. A Microsoft, por exemplo, anunciou a interrupção do fornecimento de tecnologia de reconhecimento facial às autoridades policiais devido a preconceitos raciais, até que salvaguardas legais para sua utilização sejam estabelecidas. A Amazon também adotou medida similar, impondo um moratório no uso de

126 "Diligência prévia", comumente referida como "*due diligence*" consiste em uma análise minuciosa e rigorosa de informações, fatos ou processos antes da tomada de decisões, celebração de contratos, aquisições, assunção de responsabilidades ou execução de ações que possam acarretar riscos, implicações legais, financeiras ou outras formas de impacto. No contexto empresarial, a "*due diligence*" é frequentemente empregada em operações de fusões e aquisições, avaliação de riscos financeiros, verificação de conformidade com regulamentações legais, investigações prévias a investimentos em projetos, dentre outros cenários que demandam uma análise completa e precisa da situação antes de prosseguir. Esta prática é fundamental para mitigar riscos, detectar possíveis problemas e embasar decisões.

seus produtos de reconhecimento facial pelas forças policiais. A IBM, que anteriormente forneceu tecnologia de rastreamento utilizada pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, agora se posiciona contra o uso de sua tecnologia para vigilância em larga escala e perfis raciais, considerando tal prática uma violação dos direitos humanos e das liberdades básicas, incongruente com os valores de confiança e transparência da empresa. Essas ações indicam que as empresas estão identificando e considerando como seus produtos podem ocasionar ou contribuir para abusos dos direitos humanos, alinhando-se com as orientações dos Princípios Orientadores das Nações Unidas.

3.2 TRANSPARÊNCIA, DIVERSIDADE E DESIGUALDADE ÉTNICA: EXPLORANDO OS VÍNCULOS

Embora as empresas prometam políticas de diversidade, poucas são transparentes sobre essas práticas. Acionistas e partes interessadas demandam informações sobre equidade e inclusão. O grupo As *You Sow*[127] criou o Índice de Justiça Racial para garantir que medidas concretas acompanhem as declarações corporativas sobre justiça racial, combatendo o racismo sistêmico. A *JUST Capital*[128] também promove a equidade racial nos EUA, monitorando dados

127 "*As You Sow*" é uma organização de natureza sem fins lucrativos sediada nos Estados Unidos, com atuação na confluência de aspectos financeiros e responsabilidade corporativa. Seu objetivo principal reside na fomentação da responsabilidade social de empresas, particularmente no domínio das práticas ambientais e de sustentabilidade. A entidade opera por meio da abordagem de ativismo acionário, procurando incentivar os investidores a exercerem influência sobre as empresas nas quais possuem investimentos, com vistas a induzir melhorias substanciais em suas práticas relacionadas ao ambiente, aspectos sociais e governança.

128 "*JUST Capital*" é uma instituição sem fins lucrativos dos Estados Unidos que dedica seus esforços à avaliação e promoção da justiça corporativa, com o propósito de alinhar as práticas adotadas pelas empresas às expectativas e necessidades da sociedade. Seu programa é orientado para a criação de um mercado mais equitativo e inclusivo, fundamentado na análise e comparação do desempenho das empresas em diversos aspectos relacionados à responsabilidade social, tais como o tratamento conferido aos colaboradores, o impacto ambiental das operações, o engajamento com as comunidades, a ética nos negócios, dentre outros.

de diversidade, equidade salarial e políticas antidiscriminação. No entanto, poucas grandes empresas divulgam dados demográficos desagregados, temendo expor a falta de diversidade em suas lideranças e na força de trabalho.

No Brasil, não existem programas exatamente análogos ao "As You Sow" e ao "JUST Capital" com um enfoque específico na população negra. Entretanto, há algumas iniciativas que buscam promover a igualdade racial, a diversidade e a inclusão no âmbito corporativo da sociedade brasileira. Duas organizações relevantes que atuam nesse contexto são o Instituto Identidades do Brasil (ID_BR) e o Movimento Black Money.

O Instituto Identidades do Brasil (ID_BR) é uma organização brasileira dedicada à promoção da diversidade e inclusão racial no país. A entidade atua em diversas frentes, incluindo projetos de sensibilização, educação e capacitação para empresas e a sociedade em geral. O ID_BR também realiza pesquisas e produz conteúdo relevante para fomentar a discussão sobre igualdade racial e oportunidades para a população negra no Brasil.

Com objetivo similar, o Movimento Black Money é uma plataforma que visa promover o empreendedorismo e o consumo consciente nas comunidades negras brasileiras. Por meio de iniciativas de capacitação, mentorias, eventos e promoção de produtos e serviços de empreendedores negros, o movimento busca fortalecer a economia dessas comunidades e incentivar o empoderamento financeiro. Ambas as organizações têm como foco principal a promoção da igualdade racial e a valorização da população negra no Brasil, embora sua atuação seja mais ampla do que apenas a avaliação de práticas corporativas, como o "As You Sow" e o "JUST Capital".

Essas iniciativas são essenciais para incentivar a inclusão e a conscientização sobre a importância da diversidade racial no contexto brasileiro. Sem embargo, salienta-se que, para avaliar a efetividade dos esforços em abordar os impactos adversos aos direitos humanos, os Princípios Orientadores das Nações Unidas recomendam uma

análise de dados desagregados por gênero. Contudo, permanecem em silêncio quanto aos dados desagregados por raça[129].

3.3 LIDERANÇA ESTRATÉGICA: FOMENTANDO TRANSFORMAÇÃO

Como resposta às demandas de enfrentamento ao racismo, é necessária uma análise mais ampla da atuação da comunidade empresarial na sociedade. Os Princípios Orientadores das Nações Unidas parecem limitar a compreensão da capacidade de influência das empresas, relacionando-a predominantemente a entidades específicas nas quais uma empresa detém poder devido a vínculos contratuais. No entanto, as corporações possuem a habilidade de moldar a percepção pública de indivíduos e grupos por meio de suas estratégias publicitárias. Recentemente, a PepsiCo retirou do mercado marcas baseadas em estereótipos racistas, criticadas por evocarem nostalgia da escravidão.

Além disso, empresas têm usado sua influência para rejeitar o apoio a políticas que impactam desproporcionalmente minorias raciais de maneira adversa. Após um grupo de executivos negros, liderados pelo ex-CEO da American Express, Ken Chenault, e pelo então CEO da Merck, Ken Frazier, conclamar o mundo corporativo estadunidense a se posicionar publicamente contra leis estaduais discriminatórias projetadas para dificultar o voto de pessoas negras, centenas de empresas manifestaram apoio à introdução de uma lei federal para prevenir a discriminação nas votações. A influência corporativa pode

129 As Diretrizes Orientadoras da ONU para Empresas e Direitos Humanos (UNGP 20) ressaltam a importância da coleta de dados desagregados por gênero, a fim de monitorar a eficácia das ações destinadas a abordar impactos adversos sobre os direitos humanos. No entanto, o mencionado documento não contempla especificamente a consideração da questão racial. Através do Comentário associado à UNGP 21, é recomendado que as empresas estejam cientes e demonstrem - ou seja, relatem - como estão enfrentando esses impactos adversos. Tais diretrizes foram estabelecidas pelo Conselho de Direitos Humanos e estão documentadas no texto "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando o Quadro das Nações Unidas para "Proteger, Respeitar e Reparar" (A/HRC/ 17/31), datado de 21 de março de 2011.

ser empregada como ferramenta de liderança, destacando o papel crucial das empresas na promoção da equidade e justiça social.

Nesse contexto, o Ativismo de Marca, também conhecido como "*Branding with a Cause*", constitui uma estratégia empresarial que visa engajar-se em questões sociais relevantes, ultrapassando os limites comerciais e demonstrando um compromisso genuíno com causas relacionadas à responsabilidade social. Quando voltado para questões raciais, como a promoção da igualdade, o combate ao racismo e a valorização da diversidade, esse ativismo se configura como uma poderosa ferramenta de influência social, alinhando a marca com princípios de justiça social.

O crescente nível de conscientização e as elevadas expectativas do público em relação à responsabilidade social têm levado várias empresas a adotar posturas mais proativas em relação a questões raciais. Empresas que se dedicam ao ativismo de marca com foco racial frequentemente buscam promover a inclusão e a diversidade tanto em suas operações internas quanto em suas campanhas publicitárias e estratégias de marketing. Isso inclui a implementação de programas de diversidade, a representação positiva de grupos raciais em materiais de marketing, a promoção de oportunidades de emprego igualitárias e a colaboração com organizações e iniciativas voltadas para a justiça racial.

É crucial ressaltar que, para que o ativismo de marca voltado para questões raciais seja autêntico e eficaz, as empresas devem adotar uma abordagem genuína, sustentada por ações concretas. Iniciativas pontuais, desprovidas de um verdadeiro comprometimento com a causa, podem ser interpretadas como oportunismo ou práticas enganosas, o que comprometeria a imagem da marca. Empresas que se engajam em causas raciais sem implementar mudanças reais em suas práticas internas ou que não demonstram consistência em suas ações podem enfrentar críticas e perda de confiança por parte do público.

O ativismo de marca com viés racial pode também influenciar significativamente a percepção da marca pelos consumidores,

especialmente entre os jovens e aqueles socialmente conscientes, que valorizam empresas transparentes quanto a seus valores, que se posicionam contra a discriminação e que contribuem positivamente para a sociedade.

No contexto brasileiro, destaca-se o ativismo de marca com foco racial, manifestado na representação positiva da população negra em campanhas publicitárias e nas operações internas das empresas. Essas iniciativas desafiam estereótipos e promovem uma imagem mais realista e inclusiva da diversidade racial no país. Tais ações refletem o esforço de algumas empresas em reconhecer as disparidades históricas e trabalhar para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Essas empresas vão além da mera prevenção de conivência com violações de direitos, adotando medidas afirmativas para promover a justiça racial. O enfrentamento da desigualdade racial precisa progressivamente se tornar um imperativo comercial.

4 RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL AMPLIADA: INCORPORAÇÃO DE PERSPECTIVA ANTIRRACISTA

A resposta das empresas aos movimentos globais de protesto pela justiça racial, especialmente no contexto do falecimento de George Floyd, confirma as conclusões de estudos que demonstram o impacto da pressão pública em ampliar as prioridades de responsabilidade social das empresas. Esse impacto é evidente, ao menos retoricamente, ainda que de maneira temporária.

Os Princípios Orientadores da ONU estabelecem a responsabilidade corporativa em direitos humanos baseada na "expectativa básica da sociedade". Contudo, a conexão entre responsabilidade corporativa e combate ao racismo enfrenta desafios, influenciada por fatores culturais e contextos específicos. O apoio à justiça racial tem diminuído, como evidenciado pelo menor suporte ao movimento #BlackLivesMatter. Para manter o apoio, é necessária uma liderança moral corajosa, pressão pública contínua e reestruturação

dos incentivos de mercado. Ações consistentes e eficazes são cruciais para mudanças duradouras na responsabilidade corporativa em relação à questão racial.

As iniciativas voltadas para aprimorar a eficácia das respostas corporativas aos riscos relacionados aos direitos humanos podem ser significativamente fortalecidas pela incorporação de abordagens antirracistas. O antirracismo rejeita a noção de que políticas "neutras em relação à raça" ou "cegas para a cor" sejam adequadas para promover a igualdade. Essa perspectiva desafia as ideias racistas que motivam ações discriminatórias e perpetuam a desigualdade racial. Quando as desigualdades são atribuídas à suposta inferioridade ou superioridade de um grupo racial específico, o antirracismo considera tal argumentação como racista, pois, apesar das diferenças raciais aparentes, todas as raças são vistas como iguais. O antirracismo explica as discrepâncias raciais em uma sociedade como resultado de políticas e práticas discriminatórias, e não como diferenças raciais inerentes entre indivíduos. Essa abordagem enfatiza a importância de enfrentar a discriminação estrutural e sistêmica para alcançar a verdadeira igualdade racial.

A atuação corporativa não corresponde às promessas. Há uma discrepância entre o apoio ao #BlackLivesMatter e medidas contra o racismo institucional. Por exemplo, a Adidas, apesar de declarar solidariedade, teve relatos de discriminação racial entre seus funcionários afrodescendentes. Empresas condenam restrições ao voto, mas financiam políticos que promovem medidas discriminatórias. Essas inconsistências devem-se à falta de consenso sobre a relevância de mitigar a desigualdade racial nos interesses comerciais e à ausência de pressão pública consistente.

Ações empresariais: da responsabilidade à oportunidade. Iniciativas de diversidade, isoladamente, não alcançam a profundidade necessária. Manifestações de solidariedade, embora positivas, são insuficientes. Muitas corporações adotam uma postura "defensiva" para evitar acusações de preconceito, em vez de uma abordagem antirracista ativa. Estratégias ativistas podem ser usadas para desviar a

atenção e minimizar a urgência de avanços significativos. As respostas ao #BlackLivesMatter incluem nomear diretores de diversidade, contratar consultores, realizar treinamentos, doar para organizações de direitos civis, aumentar a representação negra e reavaliar práticas prejudiciais. O engajamento empresarial em questões raciais pode gerar benefícios, mas também promover seus próprios interesses.

Nos Estados Unidos, o Movimento por Vidas Negras delineou a agenda política "Vision for Black Lives[130]". Esta plataforma inclui uma proposta de justiça econômica que aborda: remuneração justa, reestruturação tributária, direitos aos trabalhadores da "Economia Sob Demanda" para se organizarem, garantias para trabalhadores da agricultura e setores pouco regulados, e ampliação das proteções trabalhistas para encarcerados. Diante do racismo sistêmico, as empresas devem tratar com seriedade as questões levantadas pelo movimento, considerando o risco de contribuir para o racismo como relevante comercial e socialmente. Estabelecer mecanismos para enfrentar a desigualdade racial no trabalho e espaços civis deve ser uma prioridade, reconhecendo o racismo como uma ameaça aos direitos humanos. As corporações devem mensurar o progresso e divulgar dados sobre equidade racial. A comunidade empresarial pode usar sua influência para promover liberdades civis e participação democrática.

Não existe, no Brasil, um programa governamental ou civil que corresponda diretamente ao "*Vision for Black Lives*". Contudo, com base em um conjunto diversificado de políticas públicas e legislações, a agenda política voltada para a promoção da igualdade racial e a criação de oportunidades para a população negra no país engloba várias iniciativas notáveis, que incluem:

130 "*Vision for Black Lives*" é uma plataforma de justiça racial e social desenvolvida por um conjunto de organizações ativistas nos EUA, e se concentra em questões que afetam a população negra, incluindo justiça criminal, equidade econômica, igualdade de direitos, saúde, educação e muito mais.

- Lei de Cotas em Universidades: A Lei nº 12.711/2012, conhecida como Lei de Cotas, estabelece a reserva de vagas para estudantes negros, pardos, indígenas e de baixa renda em instituições federais de ensino superior, com o objetivo de aumentar a representatividade desses grupos nas universidades.
- Estatuto da Igualdade Racial: A Lei nº 12.288/2010, institui o Estatuto da Igualdade Racial, que trata de ações afirmativas e medidas de combate à discriminação racial, além de promover a igualdade de oportunidades para a população negra.
- Programa Aquilombola e o seu Comitê Gestor: Decreto nº 11.447/2023, visa à promoção da igualdade racial e ao desenvolvimento sustentável das comunidades quilombolas, reconhecendo seus direitos territoriais e culturais.
- Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial: Instituído pelo Decreto nº 6.872/2009, este plano define diretrizes para a promoção da igualdade racial em diversas áreas, como educação, saúde, trabalho, segurança pública e cultura.

As trágicas mortes de George Floyd e Genivaldo J. S. servem como um contundente apelo para a reafirmação do compromisso com a aplicação dos Princípios Orientadores das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos. Esses eventos lamentáveis ressaltam a urgência de uma ação decidida para prevenir a repetição de tais tragédias. É essencial exercer uma pressão contínua sobre as empresas, incentivando-as a adotar uma postura proativa na promoção da igualdade racial, na eliminação de preconceitos e na construção de uma sociedade em que todos os indivíduos sejam reconhecidos e respeitados em sua totalidade.

Por meio de uma colaboração robusta entre os setores empresarial, governamental, a sociedade civil e os organismos internacionais, podemos aspirar à criação de um mundo onde os direitos humanos sejam efetivamente universais e inalienáveis. Este é um desafio que

ultrapassa fronteiras e exige uma abordagem abrangente para garantir que eventos trágicos como estes não se repitam. O envolvimento das empresas é crucial nesse cenário, considerando seu impacto significativo nas comunidades em que atuam. Com a implementação eficaz dos Princípios Orientadores, a sociedade poderá vislumbrar um futuro mais justo, inclusivo e respeitoso, onde a dignidade e os direitos de cada ser humano sejam plenamente protegidos.

O crescimento significativo no número de acionistas, partes interessadas e movimentos sociais intensifica a demanda por ações substanciais, indo além de meras estratégias de marketing e buscando transformações profundas. A liderança audaciosa das empresas exerce e continuará a exercer um papel crucial na promoção e preservação dos direitos humanos. O racismo está intrinsecamente presente tanto no âmbito empresarial quanto nas garantias fundamentais, tornando imperativo que o antirracismo seja integrado à agenda corporativa e aos direitos humanos.

Os Princípios Orientadores das Nações Unidas, apesar de adotarem uma abordagem aparentemente neutra em relação à raça, têm o potencial de ser utilizados como ferramentas para promover a equidade racial. Para alcançar um impacto significativo e mensurável na redução das desigualdades e na efetiva implementação dos Princípios Orientadores, o movimento relacionado a negócios e direitos humanos deve enfrentar diretamente o racismo.

5 CONCLUSÕES

No contexto atual, a responsabilidade social empresarial (RSE) emerge como um pilar fundamental para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa. A partir da análise das mortes trágicas de George Floyd nos Estados Unidos e de Genivaldo de Jesus Santos no Brasil, é imperativo que as empresas reavaliem sua postura em relação ao racismo e aos direitos humanos. Estes eventos, emblemáticos em suas respectivas realidades nacionais, revelam a urgência de uma

ação corporativa mais robusta e consciente, alinhada aos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos.

Os Princípios Orientadores das Nações Unidas constituem um marco regulatório vital, que oferece um framework para que as empresas identifiquem, previnam e mitiguem os impactos adversos sobre os direitos humanos. A implementação diligente dessas diretrizes pode contribuir significativamente para a eliminação de práticas discriminatórias e a promoção de um ambiente de trabalho inclusivo e diverso. A *due diligence*, por exemplo, é uma ferramenta essencial para detectar discriminação racial e abordar seus impactos negativos. A prática de *due diligence* exige que as empresas realizem uma avaliação contínua de suas operações, cadeias de suprimentos e relacionamentos comerciais, para identificar e remediar riscos relacionados ao racismo e outras formas de discriminação.

Além disso, a transparência corporativa, expressa através da divulgação de políticas e práticas, desempenha um papel crucial na construção da confiança entre as empresas e seus stakeholders. A divulgação de informações sobre diversidade e disparidade racial dentro das organizações pode servir como um indicador de comprometimento com a equidade e fornecer um ponto de partida para a implementação de melhorias contínuas. Empresas que adotam uma postura proativa em relação à diversidade, desenvolvendo programas de inclusão e equidade, não apenas cumprem sua responsabilidade social, mas também se posicionam de maneira competitiva no mercado global.

A liderança corporativa tem um papel indiscutível na promoção de mudanças significativas. Líderes empresariais devem assumir a responsabilidade de fomentar uma cultura organizacional que valorize a diversidade e a inclusão, criando políticas que vão além do cumprimento legal e se traduzam em ações concretas e mensuráveis. A promoção de uma abordagem antirracista na responsabilidade corporativa implica na revisão e adaptação das práticas empresariais, de modo a garantir que todos os funcionários, independentemente

de sua origem, raça ou posição social, sejam tratados com respeito e dignidade.

Ao reconsiderar a responsabilidade corporativa, é fundamental que as empresas incorporem uma abordagem antirracista de maneira integrada e estratégica. Esta transformação não deve ser vista apenas como uma resposta reativa a crises, mas como uma oportunidade para redefinir os valores e a missão organizacional, alinhando-os aos princípios de justiça social e equidade. A integração de uma perspectiva antirracista na estratégia empresarial pode resultar em um ambiente de trabalho mais justo, inclusivo e produtivo, além de fortalecer a reputação da empresa junto aos consumidores e à comunidade.

Por fim, ao evoluir da responsabilidade à oportunidade, as empresas podem desempenhar um papel crucial na promoção da equidade racial e no fortalecimento dos direitos humanos. Ao adotar práticas empresariais que respeitem e promovam a diversidade, as empresas contribuem para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva. Assim, os trágicos eventos que ceifaram as vidas de George Floyd e Genivaldo de Jesus Santos não serão em vão, mas servirão como um chamado à ação para que as empresas assumam um papel ativo na luta contra o racismo e na promoção dos direitos humanos.

Portanto, é essencial que as empresas reconheçam o racismo como um risco aos direitos humanos e respondam de maneira proativa, implementando práticas e políticas que promovam a equidade e a inclusão. Ao fazê-lo, não apenas evitam impactos negativos sobre os direitos humanos, mas também fortalecem a coesão social e contribuem para um mundo mais justo e igualitário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A CEO Blueprint for Racial Equity. PolicyLink. Disponível em: < https://www.policylink.org/resources-tools/ceo-blueprint-for-racial-equity>. Acesso em: 7 de ago. de 2023.

ALEXANDER, M. **The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness.** New York: The New Press. 2012.

ALLYN, B. **Amazon Halts Police Use of its Facial Recognition Technology**. NPR. 2020. Disponível em: <https://www.npr.org/2020/06/10/874418013/amazon-halts-police-use-of-its-facial-recognition-technology?t=1627908782862>. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

As You Sow. Disponível em: <https://www.asyousow.org/>. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

As You Sow. **Racial Justice.** Disponível em: < https://www.asyousow.org/our-work/social-justice/racial-justice>. Acesso em: 08 de ago. de 2023.

BEER, J. **PepsiCo is Retiring the Aunt Jemima Brand and it's about Damn Time.** Fast Company. 2020. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/90517967/pepsico-is-retiring-the-aunt-jemima-brand-and-its-about-damn-time >. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.872**, de 4 de jun. de 2009. Aprova o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PLANAPIR, e institui o seu Comitê de Articulação e Monitoramento. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de jun. de 2009. ANEXO. Objetivos do plano nacional de políticas de promoção. Da igualdade racial - PLANAPIR.

BRASIL. **Decreto nº 11.447**, de 21 de mar. de 2023. Institui o Programa Aquilomba Brasil e o seu Comitê Gestor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de mar. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.519**, de 10 de nov. de 2011. Institui o Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de nov. de 2011.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de ago. de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de ago. de 2012.

BURRESS, J. **The Time Coca-Cola Got White Elites in Atlanta to Honor Martin Luther King, Jr.** NPR. 2015. Disponível em: < https://www.npr.org/sections/codeswitch/2015/04/04/397391510/when-corporations-take-the-lead-on-social-change>. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

BUSINESS. **USA: Company executives speak out against racism following the killings of George Floyd, Breonna Taylor & Tony McDade by police - Business & Human Rights Resource Centre**. Disponível em: https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/usa-company-executives-speak-out-against-racism-following-the-killings-of-george-floyd-breonna-taylor-tony-mcdade-by-police/>. Acesso em: 08 de ago. de 2023.

CHEN, S. **72 Black Executives Call on Corporate America to Fight Voting Restrictions.** Axios. 2021. Disponível em: < https://www.axios.com/2021/03/31/black-executives-georgia-voting-restrictions>. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

CIDH. **Caso Favela Nova Brasília VS. Brasil.** Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

DENHAM, H. **IBM's Decision to Abandon Facial Recognition Technology Fueled by Years of Debate.** Washington Post. 2020. Disponível em: < https://www.washingtonpost.com/technology/2020/06/11/ibm-facial-recognition/>. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

DFITZGERALD. **The Competitive Advantage of Racial Equity**. FSG and PolicyLink. Disponível em: <https://www.fsg.org/publications/competitive-advantage-racial-equity#download-area>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

DINAPOLI, J. **More than 150 Companies Urge US Congress to Pass Voting Rights Act.** Reuters. 2021. Disponível em: < https://www.reuters.com/world/us/more-than-150-companies-urge-us-congress-pass-voting-rights-act-2021-07-14/>. Acesso em: 08 de ago. de 2023.

Estatuto da Igualdade Racial. gov.br. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

FELONI, R.; GEORGE, Y. **These Are Notable Corporate Responses to George Floyd Protests**. JUST Capital. 2020. Disponível em: < https://justcapital.com/news/notable-corporate-responses-to-the-george-floyd-protests/>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

FREEMAN, Bennett. **Shared Space Under Pressure: Business Support for Civic Freedoms and Human Rights Defenders: Guidance for Companies**, 2018. Disponível em: < https://respect.international/wp-content/uploads/2018/10/Shared-Space-Under-Pressure-Guidance-for-Companies-BHRRC-International-Service-for-Human-Rights-2018.pdf >. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

FRIEDMAN, G. **Here's What Companies are Promising to Do to Fight Racism,** New York Times. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/article/companies-racism-george-floyd-protests.html>. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

Fundação Lemann. Disponível em: <https://fundacaolemann.org.br/ >. Acesso em: 08 de ago. de 2023.

GEORGE, E. **Incorporating Rights: Strategies to Advance Corporate Accountability**. New York: Oxford University Press, 2021.

GEORGE, E.; MARTIN, J. HO, Tara Van. **Reckoning: A Dialogue about Racism, Antiracists, and Business & Human Rights.** 30 Washington International Law Journal. 2021.

GREENE, J. **Microsoft Won't Sell Police its Facial Recognition Technology, Following Similar Moves by Amazon and IBM.** Washington Post 2020. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/06/11/microsoft-facial-recognition/>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

Grupo de Trabalho sobre empresas e direitos humanos. Nações Unidas. Disponível em: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/wg-business>. Acesso em: 07 de ago. de 2023.

ID_BR | **SIM À IGUALDADE RACIAL**. Disponível em: https://www.simaigualdaderacial.com.br/>. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

Instituto Ethos. **Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas.** Disponível em: <https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Perfil_Social_Tacial_Genero_500empresas.pdf>. Acesso em: 07 de ago. de 2023.

Jovens negros e o mercado de trabalho. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099334110272271427/pdf/IDU-01ca2c3010013504d600ac0304fe0ba23172e.pdf>.Acesso em: 10 de ago. de 2023.

JUST Capital. Disponível em: <https://justcapital.com/>. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

JUST Capital. **The 2021 CEO Blueprint for Racial Equity.** Disponível em: <https://corporateracialequityalliance.org/sites/default/files/2021%20CEO%20Blueprint%20for%20Racical%20Equity%20070121.pdf>. Acesso em: 08 de ago. de 2023.

JUST Capital. **The 2022 Corporate Racial Equity Tracker.** Disponível em: <https://justcapital.com/reports/corporate-racial-equity-tracker/>. Acesso em: 08 de ago. de 2023.

KENDI, I. X. **How to Be an Antiracist.** New York: Random House, 2019.

LEVY, J. A. **Black Power in the Boardroom: Corporate America, the Sullivan Principles, and the Anti-Apartheid Struggle, Enterprise & Society.** Cambridge University Press, vol. 21(1). 2020.

M4BL. Movement for Black Lives. **Economic Justice**. Disponível em: <https://m4bl.org/policy-platforms/economic-justice/>. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

M4BL. **The Movement For Black Lives.** Disponível em: <https://m4bl.org/>. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

M4BL. **Vision For Black Lives.** Disponível em: <https://m4bl.org/policy-platforms/>. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

Movimento Black Money. Disponível em: <https://movimentoblackmoney.com.br/>. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

NELLIS, A. **The color of justice: Racial and ethnic disparity in state prisons**. 2021. Disponível em: < https://www.sentencingproject.org/publications/color-of-justice-racial-and-ethnic-disparity-in-state-prisons/>. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

NPR. **A Decade Of Watching Black People Die**. Disponível em: https://www.npr.org/2020/05/29/865261916/a-decade-of-watching-black-people-die Acesso em: 09 de ago. de 2023.

OHCHR. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25927≥. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966). gov.br. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). gov.br. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

PEREA, J. F. **The Echoes of Slavery: Recognizing the Racist Origins of Agricultural and Domestic Worker Exclusion from the National Labor Relations Act**. 72 OHIO ST. L.J. l 95. 2011.

Princípios da ONU para empresas e direitos humanos atingem o marco histórico de dez anos. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/132461-princ%C3%ADpios-da-onu-para-empresas-e-direitos-humanos-atingem-o-marco-hist%C3%B3rico-de-dez-anos>. Acesso em: 07 de ago. de 2023.

QUARSHIE, S. P., Sarah Elbeshbishi and Mabinty. **Exclusive: Stark divide on race, policing emerges since George Floyd's death, USA TODAY/Ipsos Poll shows**. 2021. Disponível em: < https://www.usatoday.com/story/news/politics/2021/03/05/americans-trust-black-lives-matter-declines-usa-today-ipsos-poll/6903470002/>. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

REKDAL, Paisley. **West: A Translation**. Disponível em: <https://westtrain.org/>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

SLODYSKO, B. **Georgia's voting bill: criticized and funded by corporations**. Disponível em: https://www.csmonitor.com/USA/Politics/2021/0405/Georgia-s-voting-bill-criticized-and-funded-by-corporations>. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

TERLEP, J. G., Khadeeja Safdar and Sharon. **Adidas Tweeted Against Racism. Its Black Workers Say That Isn't Enough.** Wall Street Journal, 9 jun. 2020. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/workers-press-adidas-estee-lauder-others-to-act-on-racism-diversity-11591660452>. Acesso em: 09 de ago de 2023.

UNGPs 10+ **A roadmap for the next decade of business and human rights. OHCHR.** 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/ungps10plusroadmap.pdf>. Acesso em: 07 de ago. de 2023.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

ATLAS DA VIOLÊNCIA DE 2023: NECROPOLÍTICA E BIOPOLÍTICA

ATLAS OF VIOLENCE 2023: NECROPOLITICS AND BIOPOLITICS

Maria Luiza Barbosa Ferreira[131]

Thaylor Vitor de Souza[132]

Resumo: a violência no Brasil é quantificada anualmente pelo Atlas da Violência, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Em 2021, foram registrados 47.847 homicídios no país, dos quais 36.922 (77,1%) foram de pessoas negras. Esses dados evidenciam a necropolítica, conceito do sociólogo Achille Mbembe, que descreve a gestão política da morte de corpos negros. A noção de raça é considerada um fator político crucial para naturalizar desigualdades e legitimar a segregação e o genocídio de grupos minoritários, como destacou Silvio Almeida em 2019. O artigo aborda a necropolítica no Brasil no contexto da "desigualdade, cidadania e direitos fundamentais", com foco na violação dos direitos da população negra, que aprofunda sua desigualdade socioeconômica e limita sua cidadania. Além disso, analisa como a biopolítica e o estado de exceção contribuem para a necropolítica no Brasil, utilizando dados do Atlas da Violência e reportagens, relacionando esses aspectos à Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Necropolítica; biopolítica; atlas da violência; Brasil; racismo.

131 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Faculdade de Direito. E-mail: marialuizabf@ufmg.br . Lattes: http://lattes.cnpq.br/6825538375930781.

132 Graduando em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Unidade de Ituiutaba - MG. E-mail: thaylor.1502813@discente.uemg.br . Lattes: http://lattes.cnpq.br/6480545868160793.

Abstract: violence in Brazil is quantified annually by the Atlas of Violence, published by the Institute for Applied Economic Research (Ipea). In 2021, there were 47,847 homicides in the country, of which 36,922 (77.1%) were of Black individuals. These data highlight necropolitics, a concept by sociologist Achille Mbembe, which describes the political management of the death of Black bodies. The notion of race is considered a crucial political factor in naturalizing inequalities and legitimizing the segregation and genocide of minority groups, as noted by Silvio Almeida in 2019. This work addresses necropolitics in Brazil within the context of "inequality, citizenship, and fundamental rights," focusing on the violation of the rights of the Black population, which deepens their socioeconomic inequality and limits their citizenship. Furthermore, it examines how biopolitics and the state of exception contribute to necropolitics in Brazil, using data from the Atlas of Violence and news reports, relating these aspects to the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Necropolitics; Biopolitics; Atlas of Violence; Brazil; Racism.

1 INTRODUÇÃO

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), publica anualmente o Atlas da Violência, um relatório com os dados atualizados sobre a violência no Brasil, possibilitando tanto uma visão geral quanto específica a partir dos marcadores de raça, gênero, faixa etária, pessoas com deficiência e outros. A sua publicação de 2023 relatou que no ano de 2021 foram registrados 47.847 homicídios, dos quais 36.922 (77,1%) são casos de pessoas negras [133].

Os resultados apresentados evidenciam quem são as pessoas "deixadas para morrer" em um Estado estruturalmente racista,

133 De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os dados que referem-se a pessoas negras, consiste na soma da população preta e parda (Cerqueira e Bueno, 2023, p. 53).

realidade esta que remete ao conceito de necropolítica, criado pelo sociólogo e historiador camaronês Achille Mbembe, em seu livro de mesmo nome, publicado no ano de 2003. Este termo pode ser definido, de forma sucinta, como a gestão política da morte, a qual considera determinados corpos como "matáveis", logo, os resultados apresentados pelo Atlas da Violência e estudados no presente artigo identificam os corpos negros como o alvo.

Antes de aprofundar na afirmação supra, faz-se necessário conceituar alguns termos para possibilitar melhor entendimento da realidade em que a população brasileira está inserida. Dito isso, inicia-se com o termo "raça", o qual consiste no encruzilhamento das características biológicas - como por exemplo a cor da pele e traços físicos - e características étnico-cultural - como à língua, à religião, os costumes e afins. De acordo com Silvio Almeida (2019), "[...] a noção de raça ainda é um fator político importante, utilizado para naturalizar desigualdades e legitimar a segregação e o genocídio de grupos sociologicamente considerados minoritários" (p. 21).

O racismo, por sua vez, consiste em uma "[...] forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam" (Almeida, p. 21, 2019).

Enquanto o "racismo estrutural" é concebido como um fenômeno histórico no qual desigualdades e vantagens para certos grupos étnico-raciais são perpetuadas em esferas políticas, econômicas, culturais e inclusive nas interações cotidianas. Em outras, palavras, consiste no enraizamento no seio social da discriminação racial (Almeida, 2019).

Mbembe (2018) explica que o termo "necropolítica" estrutura-se a partir dos conceitos, o "Estado de exceção" do filósofo italiano Giorgio Agamben, bem como de a "biopolítica" elaborada pelo filósofo e historiador francês Michel Foucault, sob uma perspectiva racial, o que possibilitou observar uma relação positiva com a morte do corpo negro.

Para Agamben (2014), o Estado de exceção consiste na adoção de mecanismos, em caráter excepcional, por países ou territórios quando estão sofrendo alguma forma de ameaça a sua soberania. Nestes casos, permite-se a suspensão das prerrogativas constitucionais, podendo os direitos básicos dos cidadãos serem relativizados.

Contudo, o autor pontua que os instrumentos de exceção estão sendo adotados nos regimes democráticos modernos como regra, ou seja, de forma constante e sem previsão para encerramento. Assim, como consequência da perda dos poderes individuais, o governo assume o controle de tudo e de todos, inclusive de quem tem direito à vida e proteção. Nesse sentido, o extermínio de determinados grupos é justificado e legitimado por um discurso de promoção da saúde e segurança dos demais.

Foucault explica com o conceito de biopolítica (2008), que o poder do soberano é exercido através do controle da vida e da morte, o qual teve duas aplicações opostas ao longo da história. Antes do século XIX, o soberano exercia o poder de "fazer morrer e deixar viver", logo, atuando ativamente por intermédio do terror, o soberano decide quem ele mataria, ao passo em que os demais teriam o direito de viver.

Com as transformações políticas e econômicas proporcionadas pelo capitalismo industrial no século XIX, o soberano inverte a sua atuação passando a "fazer viver e deixar morrer". Assim, através de um posicionamento ativo, são criadas políticas públicas e outras estratégias para proteger e prolongar a vida, como por exemplo campanhas de vacinação, tratamento de água e esgoto, programas de erradicação da fome e afins, com o objetivo de produzir corpos saudáveis e produtivos. Ao passo em que a negligência e a inércia estatal acarretam a morte de determinados corpos.

Logo, a política que gere quem merece viver também atua de forma estratégica em seu silêncio e em sua estaticidade, o que pode ser visto deixando de prestar assistência essencial a minorias, prejudicando a sua saúde, a sua segurança e o seu desenvolvimento. Neste sentido, Foucault (2008) explica que para a manutenção do

poder, torna-se necessário eliminar algumas existências em prol da potencialização da vida daqueles considerados dignos de tal direito.

Os três parágrafos anteriores permitem entender que a necropolítica não consiste apenas na violência física contra os corpos negros, contudo, a ordem de eliminá-los ainda persiste, como por exemplo as intervenções policiais que invadem comunidades na cidade do Rio de Janeiro[134]. Ações essas responsáveis pelo assassinato de vários corpos negros, com a constante justificativa de erro, confundido-os com "criminosos"[135], sendo até uma pipoca a razão da morte de um jovem.[136]

Diante da problemática apresentada, o trabalho objetiva analisar de forma mais aprofundada o conceito de necropolítica, bem como observar detalhadamente as suas consequências na vida da população brasileira, através dos dados apresentados na publicação mais recente do Atlas da Violência e casos narrados.

Para a realização deste trabalho, adotou-se o método qualitativo, fazendo a revisão bibliográfica das obras que explicam os três conceitos centrais do presente trabalho, sendo as quais "Necropolítica" de Achille Mbembe (2018), "Nascimento da Biopolítica" de Michel Foucault (2008) e "Estado de Exceção" de Giorgio Agamben (2014).

Para possibilitar a comprovação da teoria da Necropolítica no Brasil, foi realizada a análise descritiva dos dados do Atlas da Violência, publicado no ano de 2023, que tem como referência ano de 2021, observando os resultados dos assassinatos de corpos negros em comparação com corpos não negros, além de fazer um recorte interseccional entre raça e gênero.

134 De acordo com a reportagem do jornal eletrônico da BBC News Brasil, escrita pelo jornalista Wilson Tosta e publicada em 16 de agosto de 2023, 101 crianças já foram mortas a tiros na cidade do Rio de Janeiro desde o ano de 2007.

135 No dia 7 de abril de 2019, o exército desferiu 80 tiros contra o carro do músico Evaldo dos Santos Rosa e sua família, acarretando sua morte, no norte do Rio de Janeiro. A justificativa dos militares, foi que teriam confundido o carro com o de um bandido.

136 Em 30 de junho de 2016, dois policiais confundem saco de pipoca com drogas e matam adolescente negro de 16 anos no Morro do Borel, na Tijuca, Zona Norte do Rio.

A título de complementação, serão citadas duas reportagens que ilustram como a necropolítica atua - tanto de forma ativa "fazer morrer" quanto de forma passiva "deixar morrer" - sobre os corpos negros. Por fim, será realizado um breve comentário da legislação pátria, relacionando todos os pontos apresentados com a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, em seus artigos 1º, 3º e 5º *caput*.

2 DO SEQUESTRO ÀS FAVELAS: O HISTÓRICO BRASILEIRO DE VIOLÊNCIA CONTRA CORPOS NEGROS

A partir do século XVIII (aurora do capitalismo) as mudanças promovidas desde do o século XVI resultaram em grandes transformações sociais, principalmente com a extinção do direito consuetudinário de uso das propriedades rurais pelos camponeses - maior parte da população. Logo, os excedentes que antes eram apenas uma segurança e comumente divididos com os membros da comunidade menos afortunados, tornou-se uma regra de produção de uma nova sociedade que foi construída pela expropriação de terras - cercamento - a qual as torna exclusivas de pouquíssimos (latifundiários), os quais, por sua vez visavam a criação e implementação de tecnologias para o aumento da produção e consequentemente do seu lucro. (Wood, 2001)

Portanto, para a maximização de lucros e o aumento da acumulação exige-se uma constante expansão desse sistema, portanto, começa a busca por obra prima e mão de obra nos primórdios das transformações econômicas e sociais que vinham acontecendo na Europa (Espanha, Portugal, França, Inglaterra e Holanda). Portanto, durante os séculos XV ao XVIII, os países anteriormente citados deram início às Grandes Navegações, as quais encontraram no continente americano a fonte para a exploração de bens regionais (produtos tropicais, madeira, especiarias e outros), fluxo de metais e pedras preciosas e o comércio de pessoas escravizadas.

Historicamente, no ano de 1500 os portugueses invadiram as terras já povoadas por indígenas, as quais hoje conhecemos como Brasil. Estupefatos com tantas riquezas naturais, fixaram ali como a sua colônia, a fonte que iria abastecer sua economia e enriquecer o seu povo, a um baixíssimo custo.

Para a promoção da exploração, legitimaram seu genocídio, escravização e roubo através da justificativa ideológica da expansão da fé cristã, a qual não apenas ganhou financeiramente para isso, como também contribuiu para a catequização forçada dos indígenas, bem como pelo sequestro e escravização de povos negros, os quais, de acordo com o cristianismo, carregavam a "marca de Caim" e deveriam servir enquanto escravos para serem dignos de perdão e a conquistar o céu. Faz-se oportuno salientar que os colonizadores não apenas violentaram fisicamente essas pessoas, mas também promoveram o apagamento e demonização da sua cultura (religião, língua, comida, performance, música e outros).

Tanto os povos indígenas quanto as pessoas escravizadas foram assassinadas (em uma escala de genocídio), perseguidas, estupradas, violentadas e exploradas, vivendo em condições precárias com pouca ou nenhuma comida e água; trabalhando exaustivamente faça sol ou faça chuva, sob constante ameaça e forte violência física, além da violação de sua moral, recebendo inúmeros xingamentos e humilhações; na hora do descanso eram jogados aos montes em cubículos para dormir, sendo constrangidos até para fazer suas necessidades fisiológicas, enfim, privados da sua liberdade e da sua dignidade.

Essa situação deplorável persistiu por quase quatro séculos, sendo abolida a escravidão apenas aos 13 de maio do ano de 1888. No entanto, é importante pontuar, a Lei Áurea não concedida em razão da bondade dos portugueses, mas apenas por medo de uma revolução que poderia gerar prejuízos muito maiores do que a sua libertação. Assim, sem nenhum apoio ou estrutura, essas pessoas foram libertas e jogadas nas ruas e ironicamente sendo proibidas de vadiar o que as obrigaram buscar abrigo nas margens das cidades, em

morros, próximo a córregos ou ainda nos quilombos - que por sua vez encontravam-se nas florestas.

Nesse contexto, sem dinheiro e sem qualquer estrutura para progredir, a maioria dessas pessoas viram-se obrigadas a venderem a sua mão de obra para as pessoas que haviam os escravizado, por valores irrisórios e condições similares. Situação que perpetuou-se ao longo do século, tendo melhorias mínimas em comparação às pessoas brancas. Foram por muito tempo privados de frequentarem escolas, sendo o analfabetismo uma barreira para a especialização da sua mão de obra e o exercício de ofícios que não exigissem unicamente da sua força física. Resumidamente, essa realidade reflete até os dias atuais tanto nas taxas de escolaridade das pessoas negras, quanto das profissões, posições hierárquicas, salário e localização de sua moradia.

A escravidão foi abolida há 136 anos, contudo, pessoas negras e pardas continuam sendo violentadas de forma física, moral e psicológica como se ainda permanecessem aconterrados ao seu passado. A fim de ilustrar a realidade dessas pessoas, para a promoção de maior entendimento quanto ao assunto do texto, serão apresentados alguns dados sobre a saúde, economia, educação, política e afins.

No artigo "A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil" , publicado em 2017, de autoria de Maria do Carmo Leal, Silvana Granado Nogueira da Gama, Ana Paula Esteves Pereira, Vanessa Eufrauzino Pacheco, Cleber Nascimento do Carmo e Ricardo Ventura Santos, foi denunciado que entre os anos de 2011/2012, as mulheres negras e pardas enfrentaram piores condições desde o atendimento no pré-natal até o momento no parto, sendo a discriminação racial uma das causas da maior quantidade de mulheres e recém-nascidos negros morrerem no momento do parto em comparação a pessoas brancas.

Os pesquisadores concluíram que "a inadequação no pré-natal, a não vinculação à maternidade e a não orientação durante o pré-natal sobre o início do trabalho de parto foram mais frequentemente observadas nas puérperas pretas" (Leal *et al,* 2017, p. 5).

É importante destacar que a mulher preta (negras e pardas de acordo com o IBGE), possui uma especificidade muito diferente dentro do seu próprio gênero, bem como dentro da sua raça, pois elas encontram-se no ponto de divergência do que é entendido como mulher (um indivíduo frágil, puro, que deve ser cuidado e respeitado, resguardado em seu lar para que continue cuidado da sua família e zelando pela educação de seus filhos) e do que é entendido como uma pessoa negra (visto como um homem agressivo, carnal e irracional, quase como um animal) (Silva e Pilar, 2020).

Para entender melhor sobre essa informação, é necessário retroceder novamente alguns anos, portanto, no Brasil Colônia a sociedade era dividida entre: o senhor de terras, homens e mulheres livres - vivendo em condições precárias - e escravos. Essa hierarquização tinha caráter patriarcal e paternalista, sendo reservado às mulheres brancas o papel de esposa e mãe, devendo dedicar-se ao ócio. A mulher branca deveria ser "[...] amada, respeitada e idealizada naquilo que o ócio lhe representava como suporte ideológico de uma sociedade baseada na exploração do trabalho [e da pessoa] de uma grande camada da população" (Nascimento, 2019, p. 260).

Ao passo em que para a mulher negra, durante o período colonial, restava o papel semelhante ao do homem negro, em completa oposição do que era destinado a mulher branca, assim, às mulheres negras deveriam ser ativas/produtoras, desempenhando além do trabalho doméstico o trabalho no campo, e ainda servir como uma reprodutora de escravos.

O período moderno, não apresentou mudanças significativas e profundas que possibilitasse ao menos a igualdade dentro do próprio gênero, tão pouco em relação ao diverso. As mulheres negras passaram a ocupar cargos de maior dinamismo e diversificação nas atividades produtivas de industrialização, profissões que não lidam diretamente com clientes, tornando-as quase invisíveis.

A necessidade em "esconder" as mulheres negras, mantendo-as em ofícios de pouco prestígio e remuneração diz respeito à dinâmica econômica existente, a qual estabelece espaços na hierarquia de

classes, sendo um dos principais critérios o racial. De acordo com a autora, "[...] pessoas negras sejam relegadas aos lugares mais baixos da hierarquia, resultado de patente discriminação" (Nascimento, 2019, p. 261).

Tal fato promove a perpetuação/manutenção dos locais que o grupo negro pode ocupar, permanecendo estáticos na posição que lhes foi atribuída no período colonial, não tendo nenhuma ascensão na hierarquia social, o que contribui para o processo de domínio social e privilégio racial (Nascimento, 2019).

Assim, para Nascimento, resta a mulher negra a posição "do outro", a nulidade entre as duas existências supracitadas, tendo em vista que elas não são tidas como frágeis, tão pouco são mantidas dentro de suas casas com o intuito de preservar a sua saúde, no entanto, também não são identificadas pela agressividade e o levianismo do desejo carnal, resultado no apagamento de sua existência, tendo em vista que o encontro dessas características acarretará a anulação. Harmonicamente ao exposto, destaca-se a seguintes passagem: "As mulheres negras permanecem [...] ocupando os mesmos espaços e papéis que lhe foram atribuídos desde a escravidão" (Nascimento, 2019, p. 258).

Nascimento (2019) destaca que as mulheres brancas têm conseguido se qualificar, entrar em universidades e ter um currículo mais competitivo em relação aos homens, há uma queda proporcional de desigualdade entre esses sujeitos. No entanto, esta não é a realidade de pessoas não brancas, sendo a situação muito pior quando interseccionа-se com o gênero. A autora explica:

> Como a educação é um requisito para o acesso às melhores condições na hierarquia de empregos, deduz-se que as populações de cor e as mulheres brancas não estariam capacitadas para assumir os empregos de maior status, tendo, consequentemente, maior remuneração. Nesse contexto, a mulher negra

> têm possibilidades menores que qualquer outro grupo social (Nascimento, 2019, p. 262).

Em consonância ao exposto, faz-se oportuno destacar sobre a média salarial do Brasil, de acordo com a pesquisa "Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil", publicada pelo IBGE em 2022, em referência aos dados do ano de 2021, mostrou-se que enquanto homens brancos receberam em média R$ 3.435 os homens negros e pardos receberam uma média de R$ 1.959. Continuamente, quando apresentada a comparação salarial entre as mulheres tem-se que a média salarial das brancas foi R$ 2.653 a das negras e pardas foi de R$ 1.567, logo, as mulheres negras recebem cerca de 50% da remuneração média do homem branco e quase 60% do salário das mulheres brancas, escancarando os reflexos do racismo estrutural. (Brasil, 2022) Nesse sentido, destaca-se que no ano de 2015, cerca de 17% dos mais ricos eram pessoas negras, e representavam o correspondente a ¾ (três quartos) da população mais pobre, de acordo com os dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2016).

Tais dados são reflexos de acontecimentos de anos atrás, quando ainda no êxodo rural e no processo de industrialização exigiu que mulheres empregassem a sua mão de obra, contudo, embora todas recebessem valores bem menores do que o pago aos homens, foi possibilitado às mulheres brancas a oportunidade de ocupar cargos burocráticos, que ainda pagando mal, lhes era exigido uma qualificação mínima. No entanto, não foi ofertado às mulheres negras tais ocupações, pois não dispunham de profissionalização suficiente e não possuíam o "perfil (cor) necessário", fato que as manteve em empregos tradicionais (domésticas, profissionais de cuidado) ou operárias industriais.

No tocante a religiões de matriz africana, o jornal Correio Braziliense publicou uma reportagem sobre a coleta de dados das ocorrências da Polícia Civil (PCDF) durante os anos de 2018 a 2022, a qual "[...] registrou 39 ocorrências de intolerância contra religiões de

matriz africana, o que representa mais de 70% de todos os episódios envolvendo outras crenças. Em comparação às demais, a diferença mostra o tamanho do preconceito" (Limão e Marra, 2023).

Continuamente, como no desenvolver do outro capítulo será explicado sobre condenação e assassinato de corpos negros, faz-se oportuno destacar que o Poder Judiciário brasileiro, composto por 18.265 magistrados, detém apenas 1,8% de pessoas pretas, cerca de 2.260 (12,4%) magistrados pardos e 328 (1,8%) magistrados pretos. Os dados foram disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no relatório "Justiça em Números 2024" (CNJ, 2024).

Em referência ao cenário político e sua representatividade, embora tenha sido criada uma emenda constitucional que estabeleça incentivo para candidatura tanto de pessoas negras quanto de mulheres, no ano de 2022, apenas 27 pessoas autodeclaradas como pretas foram eleitas para a Câmara dos Deputados, enquanto apenas 107 pessoas autodeclaradas pardas conquistaram seu lugar na Câmara, em comparação as 513 cadeiras de deputados federais (Câmara dos Deputados, 2023).

Diante de todo o exposto, mostrou-se evidente que o racismo enraizado na sociedade brasileira continua gerando consequências econômicas e sociais para essas pessoas que ainda carregam em suas costas o peso da escravidão.

3 "A CARNE MAIS BARATA DO MERCADO É A CARNE NEGRA"

A música "A Carne" escrita pela cantora e compositora Elza Soares, ilustra e introduz perfeitamente o capítulo a seguir, pois identifica o corpo negro como a vítima da necropolítica, conforme estrofe destacada a seguir: "Que vai de graça pro presídio / E para debaixo do plástico / E vai de graça pro subemprego / E pros hospitais psiquiátricos / A carne mais barata do mercado é a carne negra".

Retomando a definição de Necropolítica, objeto que rege o presente trabalho, Mbembe (2018, p. 6) pressupõe que o exercício da

soberania está ligado ao poder e a capacidade de determinar quem pode viver e quem deve morrer, através de ações e omissões. Por intermédio dos estudos e análises de dados, o autor identificou uma padronização da vítima desta situação, o corpo negro.

A necropolítica foi estruturada a partir do conceito da biopolítica de Michel Foucault, a qual define-se como a manifestação do poder político através do controle e regulação dos corpos humanos e dos processos biológicos da vida. Logo, a biopolítica não se limita à restrição das liberdades individuais, mas também molda a vida das sociedades, definindo quem poderá gozar do direito da vida e quem precisará morrer, além de determinar a forma e a condição que a população deverá viver.

Harmonicamente ao mencionado ao final do parágrafo supra, o exercício do poder soberano também diz respeito ao controle de quem acessa a saúde pública; quem pode ser beneficiário em programas de erradicação da fome e insegurança alimentar; quem deve se reproduzir; qual estrangeiro pode ser acolhido na imigração; quem tem acesso a medidas de segurança, bem como a vigilância sanitária.

Logo, a inércia na instalação e/ou manutenção do saneamento básico adequado em determinadas regiões – majoritariamente os locais em que concentram-se pessoas periféricas, negras ou indígenas – ilustra o narrado anteriormente. Conforme observado no Censo 2022, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população autodeclarada preta, parda e indígena têm menos acesso ao saneamento básico adequado, de acordo com a reportagem de André Martins (2024).

A partir da análise dos dados disponibilizados pelo IBGE, o jornalista André Martins (2024) relatou que 91,8% daqueles autodeclarados como amarelos e 83,5% da população que se reconhece como branca possuem acesso a "[...] rede de esgoto, coleta de lixo e de abastecimento de água adequada em casa no Brasil." Ao passo em que o acesso adequado aos mesmos direitos básicos alcança porcentagem menor quando observado a população preta (75%), parda (68,9%) e indígena (29,9%). (Martins, 2024)

Os dados refletem que a naturalização das desigualdades faz-se necessária para a manutenção dos privilégios e enriquecimento da branquitude. Embora a Constituição Federal de 1988 tenha como o princípio basilar a dignidade (CF/88, art. 1º, III) e, que o inciso IV do artigo 3º discipline como objetivo fundamental a promoção do "[...] bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", existe uma enorme lacuna entre a legislação e a realidade de um país em que o racismo está enraizado na sociedade e institucionalizado no Estado.

Foucault explica que a manifestação da biopolítica se dá a partir da construção de uma relação positiva com a morte do outro, justificando que aquele corpo é degenerado, uma forma de infestação do seio social, sendo aceitável o seu extermínio. Assim, a partir da época das grandes navegações na América (colonialismo), a escolha do corpo a ser eliminado perpassa necessariamente pelo racismo – conforme definição de Silvio Almeida (2019) apresentada na introdução deste trabalho.

Deste modo, a expressão ativa da necropolítica, que pode ser traduzida como "fazer morrer", concretiza-se nas intervenções militares das comunidades do Rio de Janeiro, como o caso de Kevin Lucas dos Santos, criança negra de seis anos, assassinada em uma ação da Polícia Militar (PM) na comunidade de Queimados/RJ. A PM informou aos jornais que haviam sofrido um ataque durante o patrulhamento e que não teriam efetuado nenhum disparo contra o menor. Contudo, as declarações das testemunhas não relatam nenhum criminoso no local, apenas cerca de dez crianças brincando na rua até o momento em que os policiais atiraram (Lemos; Ferreira, 2022).

O caso de Kevin é um reflexo da instauração da necropolítica no Brasil, diminuindo-o a um número na estatística, a qual somou 101 crianças e adolescentes negros mortos pela Polícia Militar no Rio de Janeiro desde o ano de 2007, como pontua a reportagem de Wilson Tosta, publicado em agosto do ano passado (2023), na BBC News Brasil.

A divergência entre o que é disposto na Constituição Federal e o que de fato acontece no Brasil relaciona-se ao conceito político e legal

do "estado de exceção", explorado na obra de Giorgio Agamben (2014), cujo termo consiste na suspensão das leis e normas constitucionais durante períodos de crise ou emergência. Contudo, o autor argumenta que o estado de exceção ganha caráter definitivo e central em governos modernos, afastando-se de um fenômeno temporal, como havia sido empregado em sua definição.

O estado de exceção torna-se uma ferramenta utilizada para legitimar a expansão do poder Estatal, corroborando para a erosão dos princípios democráticos, bem como o detrimento dos direitos individuais e das liberdades civis, justificado em nome da segurança nacional ou da proteção contra ameaças externas ou internas. Deste modo, a normatização do estado de exceção intensifica as consequências da biopolítica e consequentemente da necropolítica, afetando diretamente a vida de pessoas negras.

Os dados apresentados na publicação mais recente do Atlas da Violência (2023), mostram que em 2021 houve 36.922 pessoas negras vítimas de mortes violentas, valor que corresponde a 77,1% dos mortos daquele ano. Quando observados os resultados sobre uma perspectiva de gênero, a intersecção desse marcador com a raça, também gera um número maior entre as mulheres negras em relação às mulheres não negras, tendo em vista que das 3.858 mulheres assassinadas violentamente, 2.601 eram negras (2021), ou 67,4%.

Com base na conceituação de racismo estrutural de Silvio Almeida (2019), a qual foi apresentada anteriormente, bem como de todos os dados, reportagens e explicações apresentadas ao longo deste tópico, faz-se possível afirmar que o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 não entende "todos" como a integralidade populacional, mas a parcela detentora de poder que é enxergada como digna da "[...] inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Os resultados confirmam a teoria de Mbembe, refletindo uma política de extermínio contra aqueles que interferem na sustentação da soberania de uma classe privilegiada. No desenvolvimento do trabalho tornou-se evidente que a Necropolítica é implantada no

Estado brasileiro desde a desassistência dos direitos básicos da população negra e marginalizada no Brasil, até a violação direta da vida desses indivíduos.

4 CONCLUSÃO

De modo sucinto, foi apresentado ao longo do presente resumo que a necropolítica, conceito cunhado pelo autor camaronês Achille Mbembe, consiste na normalização do pensamento de eliminação dos corpos (negros) que apresentam uma forma de ameaça a manutenção do *status quo,* de um Estado e sociedade estruturalmente racista.

Perpassando pelos conceitos de biopolítica de Foucault e de estado de exceção de Agamben, Mbembe estrutura a definição de necropolítica em bases solidificadas pelo direito exercido sobre a vida e a morte (Foucault), bem como a adoção de um estado permanente de exceção, que relativiza direitos e liberdades individuais, legitimando um relaxamento democrático e a promoção de violência (Agamben).

Ainda, os dados apresentados pelo Atlas da Violência (2023), bem como as reportagens e definições de raça, racismo e racismo estrutural dispostas no trabalho, corroboram para a afirmação de que o Estado brasileiro, de modo ativo e omissivo, adota a necropolítica como forma de gestão e manutenção da sua soberania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Passo Fundo: Infibe, 2014.

ALMEIDA, Silvio. Racismo Estrutural. Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. Os oitenta tiros do exército que mataram um pai de família negro; CDHM pede ao governo do Rio de Janeiro os fundamentos jurídicos da ação. **Câmara dos Deputados,** Brasília, 9 abr. 2019. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/os-oitenta-tiros-do-exercito-que-mataram-um-pai-de-familia-negro-cdhm-pede-ao-governo-do-rio-de-janeiro-os-fundamentos-juridicos-da-acao. Acesso em: 30 mar. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Número de deputados pretos e pardos aumenta 89,4%, mas é menor que o esperado. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/911743-numero-de-deputados-pretos-e-pardos-aumenta-894-mas-e-menor-que-o-esperado/. Acesso em:30 mar. 2024.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). Atlas da violência 2023. Brasília: Ipea; FBSP, 2023. Disponível em: https://dx.doi.org/10.38116/riatlasdaviolencia2023 Acesso em: 29 mar. 2024.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2024. Brasília, DF: CNJ, 2024.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica.** 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Estatísticas de Gênero – Indicadores sociais das mulheres no Brasil. 2021. Rio de Janeiro: IBGE, 2022a. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>. Acesso em: 6 mar. 2024.

LEMOS, Marcela; FERREIRA, Lola. RJ: Menino de 6 anos morto em ação da PM teve coração perfurado, diz laudo. **UOL,** Rio de Janeiro, 7 jan. 2022. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/01/07/menino-morto-acao-pm-coracao.htm. Acesso em: 29 mar. 2024.

LIMÃO, José Augusto; MARRA, Pedro. Adeptos das religiões de matriz afro ainda sofrem com o preconceito. **Correio Braziliense**, Brasília, 21 jan. 2023. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2023/01/5067389-adeptos-das-religioes-de-matriz-afro-ainda-sofrem-com-o-preconceito.html. Acesso em: 29 mar. 2024.

MARTINS, André. Censo 2022: Pretos, pardos e indígenas têm menos acesso a saneamento básico no Brasil. **Exame,** 23 fev. 2024. Disponível em: https://exame.com/brasil/censo-2022-pretos-pardos-e-indigenas-tem-menos-acesso-a-saneamento-basico-no-brasil/. Acesso em: 29 mar. 2024.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

NASCIMENTO, Beatriz. A mulher negra no mercado de trabalho. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

WOOD, Ellen Meiksins. A origem do capitalismo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

POLICIAIS confundem saco de pipoca com drogas e matam adolescente. Geledes, 1 jul. 2016. Disponível em: https://www.geledes.org.br/policiais-confundem-saco-de-pipoca-com-drogas-e-matam-adolescente/. Acesso em: 30 mar. 2007.

SILVA, Pâmela Guimarães; PILAR, Olívia. A potencialidade do conceito de interseccionalidade. In: MESQUITA; ESTEVES; LIPOVETSKY. Feminismo & dívida. Nápoli: Cita del Sole, 2020.

SOARES, Elsa. **A carne.** Bahia: Do Cóccix Até O Pescoço: 2002. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=yktrUMoc1Xw. Acesso em: 29 mar. 2024.

TOSTA, Wilson. 101 crianças mortas a tiros no Rio desde 2007: 'Sei o que mãe da Eloah está vivendo'. **BBC News Brasil**, Rio de Janeiro, 16 ago. 2023. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4nrggeeg5yo. Acesso em: 29 mar. 2024.

DIREITO CONSTITUCIONAL DIGITAL E A REDEFINIÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DIGITAL CONSTITUTIONAL LAW AND THE REDEFINITION OF THE THEORY OF THE HORIZONTAL EFFECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Gustavo Ferraz Sales Carneiro[137]

Resumo: O artigo examina a redefinição da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na era digital, com foco em debates no Brasil, Estados Unidos e Alemanha. O avanço das tecnologias digitais transformou as interações sociais e o exercício desses direitos, especialmente com a influência das grandes empresas de internet. Críticas, como as de Pereira e Keller (2022), alertam sobre o risco do "Constitucionalismo Digital" legitimar o poder das plataformas digitais. Mendes e Fernandes (2020) propõem usar os princípios do constitucionalismo digital para avaliar a constitucionalidade das leis da internet, buscando reequilibrar os poderes na governança digital e proteger direitos fundamentais mesmo em contextos privados. Eles defendem que as Cortes Constitucionais considerem tanto a proibição de excesso quanto a de omissão ao avaliar os direitos fundamentais no ambiente digital. O artigo destaca a necessidade de reformular a teoria da eficácia horizontal para refletir o papel coletivo e institucional dos direitos fundamentais nas relações online.

137 Doutorando em Direito Público pela UERJ. Rio de Janeiro. Mestre em Políticas Públicas pela Hertie School of Governance, Berlim, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB e pós graduado em Direito Digital pela UERJ/ITS. Atualmente é Assistente Técnico do PNUD, no Programa Fazendo Justiça, no Núcleo de Identificação e Documentação. Foi Coordenador da Iniciativa Mediação na FGV Projetos. Foi assessor do Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e atuou como Assistente Internacional do Ministro Herman Benjamin, no Superior Tribunal de Justiça. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8484167317637788. E-mail: gustavofsc@gmail.com.

Palavras-chave: Constitucionalismo Digital; Direitos Fundamentais; Eficácia Horizontal; Governança Digital; Plataformas Digitais

Abstract: The article examines the redefinition of the horizontal effectiveness of fundamental rights in the digital era, focusing on debates in Brazil, the United States, and Germany. The advancement of digital technologies has transformed social interactions and the exercise of these rights, especially with the influence of major internet companies. Critics, such as Pereira and Keller (2022), warn about the risk of "Digital Constitutionalism" legitimizing the power of digital platforms. Mendes and Fernandes (2020) propose using the principles of digital constitutionalism to evaluate the constitutionality of internet laws, aiming to rebalance powers in digital governance and protect fundamental rights even in private contexts. They argue that Constitutional Courts should consider both the prohibition of excess and the prohibition of omission when evaluating fundamental rights in the digital environment. The article highlights the need to reformulate the theory of horizontal effectiveness to reflect the collective and institutional role of fundamental rights in online relationships.

Keywords: Digital Constitutionalism; Fundamental Rights; Horizontal Application; Digital Governance; Digital Platforms.

1 INTRODUÇÃO

O advento da era digital transformou radicalmente as interações sociais e o exercício dos direitos fundamentais, trazendo à tona novos atores e desafios para o campo do Direito Constitucional. Nesse contexto, as grandes empresas de internet emergiram como poderosos mediadores, exercendo influência significativa sobre nossas vidas tanto *online* quanto *offline*. Ao examinar o papel dessas empresas como "novos governantes" do discurso *online*, bem como as tentativas de integrar os princípios constitucionais na esfera privada,

discute-se a necessidade de redefinir os marcos teóricos tradicionais para enfrentar os desafios únicos apresentados pelo ambiente digital. Nesse contexto, este texto explora o conceito de Direito Constitucional Digital e sua relação com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Inicia-se com uma abordagem do conceito de constitucionalismo digital, conforme delineado por Edoardo Celeste, que destaca a crescente relevância das interações digitais e a consequente necessidade de se adaptar os princípios constitucionais a esse novo contexto.

Em seguida, as ideias de Celeste são confrontadas com as críticas apresentadas por Jane Reis Pereira e Clara Iglesias Keller (2022), que levantam questões cruciais sobre a aplicabilidade e os potenciais efeitos adversos da expansão do conceito de constitucionalismo para abranger o ambiente digital, fora do contexto estatal.

Após essa análise crítica, o artigo avança para explorar as possibilidades de superação dos desafios e limitações identificados no conceito de constitucionalismo digital. Nesse sentido, são examinadas as contribuições de Mendes e Fernandes (2020), que propõem uma redefinição da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nesse ponto, traz-se atenção às reflexões de Gunther Teubner (2017) sobre a necessidade de reformular a teoria da eficácia horizontal para refletir o papel coletivo e institucional dos direitos fundamentais nas relações online. Finalmente, explora-se os caminhos trilhados em diferentes jurisdições sobre o tema, trazendo-se as reflexões de Estados Unidos da América, Alemanha e Brasil.

2 A CONCENTRAÇÃO DE PODER DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

As grandes empresas de internet exercem um poder significativo sobre nossas vidas, moldando nossas interações *online* e *offline*. Celeste (2019) relata que o aumento da relevância da tecnologia digital na sociedade contemporânea leva ao crescimento do poder nas mãos

de atores não estatais, como as grandes corporações multinacionais e transacionais, em detrimento dos atores tradicionais estatais. Os agentes privados presentes na internet emergiram como mediadores comuns em questões envolvendo direitos fundamentais básicos, muitas vezes agindo antes mesmo da intervenção das autoridades estatais.

No entanto, esse poder não veio acompanhado de transparência ou de instrumentos adequados para responsabilização desses atores. Quanto à falta de transparência, podemos trazer alguns exemplos. O processo de moderação de conteúdo, que é parte dorsal dos produtos vendidos pelas plataformas digitais, ocorre de forma opaca. Os critérios que guiam os algoritmos e as decisões de governança interna dessas empresas, para exclusão de conteúdos, de contas ou até mesmo para maior fricção ou viralização de conteúdos segue sendo uma caixa preta em maior ou menor medida, em que pese.

Como aponta Gillespie (2018), a moderação de conteúdo seria intencionalmente opaca. Ele ressalta que essa opacidade serviria a dois propósitos: primeiro, ocultar os valores subjacentes nas decisões de moderação de conteúdo e, segundo, avaliar o conteúdo com base em seu potencial para agradar uma audiência específica, gerar lucros e evitar danos à reputação da empresa. Em resumo, a falta de transparência na moderação de conteúdo é escolha dessas corporações, pois as beneficia, permitindo que elas ponderem não apenas sobre a relevância e adequação do conteúdo, mas também sobre seu potencial como mercadoria.

Outro exemplo didático sobre falta de transparência em outro âmbito, seria as mudanças feitas pelo Facebook em seus Termos em serviço, caso que foi relatado por Suzor (2018, p.1). Em 2009 o então Facebook (atual Meta) implementou mudanças em seus Termos de Serviço sem qualquer consulta prévia à comunidade de usuários, o que levou a críticas da academia e de parte de seus usuários e desencadeou uma série de iniciativas de melhorias desse processo. Seu CEO, Mark Zuckerberg, decidiu que as mudanças nos Termos de Uso da plataforma deveriam receber influência dos usuários. Em maio

de 2009, o Facebook renomeou seus Termos de Uso para *Statements of Rights and Responsibilities*, um documento que incluiu um mecanismo para que os usuários pudessem votar e rejeitar as mudanças realizadas nos termos de serviço, caso houvesse rejeição de 30% da base de usuários da plataforma. À época a base de usuários era de 1 bilhão, o que fazia com que a exigência fosse irrealista. Ao final de 2012, após ter sido provada um fracasso, o Facebook revogou essa previsão. Desde então, até o anúncio da criação do *Facebook Oversight Board* em 2018, o assunto não foi mais tratado em público pela empresa.

Apesar dessa falta de transparência e de responsabilização, as grandes empresas tecnológicas exercem de fato grande poder sobre nossas vidas. Klonick (2018, p. 1664) chega a afirmar que a moderação de conteúdo é verdadeira forma de governança exercida pelas empresas privadas, a quem ela chama de "novos governantes":

> A governança não é apenas a maneira descritivamente correta de entender a moderação de conteúdo da plataforma, mas também é retórica e normativamente correta. Historicamente, a regulação do discurso seguiu um modelo dual: um governo territorial, com todo o poder que isso invoca, tem o poder sobre os indivíduos que exercem sua liberdade de expressão ou editores individuais. Os Novos Governantes fazem parte de um novo modelo de livre expressão: um modelo triádico. Nesse novo modelo, as plataformas de discurso *online* ficam entre o estado e os indivíduos que exercem sua liberdade de expressão e editores. Eles têm o papel de capacitar falantes e editores individuais (assim como minimizar a necessidade dos editores de falar e amplificar), e sua infraestrutura privada transnacional modera o poder do Estado de censurar. Esses Novos Governantes equalizaram profundamente o acesso à publicação de discursos, centralizaram comunidades descentralizadas, abriram vastos novos recursos de conhecimento comunitário e criaram infinitas maneiras de

> difundir a cultura. O discurso digital criou uma cultura democrática global, e os Novos Governantes são os arquitetos da estrutura de governança que a administra (tradução livre).

As plataformas desempenham uma função normativa crucial ao estabelecerem termos de uso e regulamentos, bem como ao exercerem a mediação de conflitos entre os usuários da rede ou entre estes e a própria plataforma. Conforme Mendes e Fernandes (2020, p. 15) observam, "as plataformas digitais atuam como verdadeiras instâncias judiciais, uma vez que detêm o poder de decidir sobre a exclusão ou manutenção de conteúdo, assim como sobre a permanência ou remoção de participantes da rede, sem depender de qualquer interferência de órgãos administrativos ou judiciais".

No mesmo sentido, Callejón (2023, p. 61) adverte que, ao regularem o debate público, as companhias tecnológicas desenvolveram ecossistemas em que exercem poder não somente em um espaço privado, mas indica que elas ocupam e monopolizam um espaço público. O autor diagnostica que o que ocorre é um verdadeiro "poder soberano", comparável ao poder que os Estados autoritários têm sobre seus súditos.

Suzor (2020, p. 2) reconhece que há um momento importante no desenvolvimento constitucional da internet, destacando a crescente importância das nações-estado na regulação *online* e a intensificação do escrutínio público sobre essas empresas. O autor entende que a governança digital é predominantemente conduzida pelos intermediários digitais, cujas decisões exercem um poder substancial sobre nossas vidas, moldando tanto as interações *online* quanto *offline*. Ele esclarece que, embora não sejam governos tradicionais, essas empresas operam com uma autoridade significativa, determinando normas e comportamentos sem a devida transparência ou processo legal adequado. Suzor ressalta que estamos nos estágios iniciais do constitucionalismo digital e conclui que estamos em um momento

crucial para repensar e redefinir a governança da internet, com a oportunidade de construir uma internet mais diversa e responsável.

Ao mesmo tempo que o poder exercido pelas empresas é patente, as respostas tradicionais do direito constitucional não dão conta dessa nova realidade, uma vez que são desenhados para limitar e controlar o poder estatal em sua relação com os indivíduos (Celeste, 2019, p. 4). O autor identifica que estamos vivendo um momento constitucional, cujo catalizador é o impacto diruptivo da tecnologia digital.

3 AS PROPOSTAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL DIGITAL PARA ENFRENTAR ESSE CENÁRIO

O conceito de constitucionalismo digital é impreciso e utilizado com diversas acepções (Celeste, 2019; Pereira e Keller, 2022 e Mendes e Fernandes, 2020). Inicialmente apresentaremos os estudos de Celeste (2019), que faz uma explicação ampla do estado da arte, e propõe uma agenda de pesquisa e de atuação para o que chama de ideologia do constitucionalismo digital. Depois, traremos as críticas trazidas por Pereira e Keller (2022), que, após enumerarem diversas possibilidades de uso do termo, indicam os desafios e riscos para a teoria constitucional do alargamento dos conceitos utilizados, para situações fora do contexto estatal. E finalmente, visitaremos as ideias de Mendes e Fernandes (2020), que buscam conciliar o conceito de constitucionalismo digital com a teoria tradicional do constitucionalismo, com especial atenção à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Edoardo Celeste (2019, p. 2) aponta que, se de um lado os avanços tecnológicos ampliaram as possibilidades de indivíduos exercerem seus direitos, de outro criaram novas fontes de ameaças para os direitos fundamentais. O autor parte do já apontado crescimento do poder nas mãos de atores não estatais (as grandes corporações multinacionais e transacionais, que são donas e comercializam essa tecnologia que está moldando nosso mundo), para indicar o contexto de desequilíbrio entre os ambientes em que se exercem o poder e as

ferramentas institucionais (em sua maioria estatais) para os freios e contrapesos constitucionais.

Após constatar esse desequilíbrio de poder, o autor enumera algumas iniciativas normativas (tanto nacionais, quanto transnacionais ou até privadas) que ele identificou, para lidar com essa questão, quais sejam, normas que buscam aumentar a possibilidade de exercício dos direitos fundamentais existentes, normas destinadas a aumentar o limite de violações de direitos fundamentais e normas que buscam reequilibrar o equilíbrio entre os poderes existentes (Celeste, 2019, pp. 5 e 6).

Em um exercício argumentativo, Celeste (2019) sugere uma generalização do conceito tradicional de constitucionalismo com vistas a identificar seus objetivos e verificar como aplicá-los a essa realidade atual. O autor primeiro abstrai o contexto histórico em que o constitucionalismo surgiu (sempre relacionado à dimensão estatal, especialmente o estado liberal) para depois identificar suas funções essenciais, quais sejam: proteção de direitos fundamentais e limitação de poderes. Em seguida, ele argumenta que, como no contexto atual, ambos poderes públicos e atores privados podem afetar a proteção de direitos fundamentais, o constitucionalismo digital deve envolver a limitação de poderes desses dois atores.

Após, o autor mapeia as respostas constitucionais, assim identificadas as contrarreações normativas que visam a responder aos objetivos acima listados. Inicialmente, Celeste indica como respostas a dimensão nacional, que ocorrem dentro do contexto constitucional clássico, integrando às normas existentes no contexto nacional os valores do constitucionalismo digital. Em seguida, o autor indica as iniciativas das organizações regionais e internacionais, que também situariam dentro das categorias clássicas, pois, uma vez integrados aos ordenamentos nacionais, se tornam instrumentos normativos vinculantes. Finalmente, Celeste indica uma terceira categoria de contrarreações que emergem em um contexto não-estatal, o que significa que abarcam iniciativa não-vinculantes. Dentre essas, o autor enumera as iniciativas de Declarações de Direitos da Internet,

decisões do mecanismo de solução de disputas da ICANN e regras internas de atores comerciais (termos de uso, termos de serviço e regras corporativas vinculantes) (Celeste, 2019, pp. 15-17).

Em suma, para o autor, o constitucionalismo digital identifica a ideologia que adapta os valores do constitucionalismo contemporâneo para as peculiaridades da sociedade digital. Mais do que identificar iniciativas normativas concretas, para ele o constitucionalismo digital seria um conjunto de valores e ideais que permeiam, guiam e informam essa série de instrumentos (como as contrarreações normativas enumeradas).

Ao fazer uma revisão bibliográfica, Celeste (2019, p. 14) indica a falta de consenso entre os estudiosos sobre o escopo do constitucionalismo digital. Enquanto alguns autores, como Fitzgerald, Berman, Suzor e Karavas, entendem o constitucionalismo como a limitação do poder privado, outros, como Redeker, Gill e Gasser, afirmam que os esforços em direção ao constitucionalismo digital podem visar limitar o poder tanto das autoridades públicas quanto das corporações privadas.

O autor argumenta que não há razão para restringir o conceito de constitucionalismo digital apenas à limitação do poder público ou privado. O constitucionalismo digital refere-se a um contexto específico - o ambiente digital - onde atores privados surgem ao lado dos Estados-nação como novos atores dominantes e, ao mesmo tempo, como garantidores finais e infratores potenciais de direitos fundamentais. O constitucionalismo digital envolve não apenas a proteção dos direitos fundamentais, mas também o equilíbrio de poderes existentes, tanto no setor público quanto no privado. Essa concepção afasta o constitucionalismo digital de sua dimensão tradicional, estatal, e permitiria a identificação de diferentes instrumentos normativos emergentes no contexto transnacional para implementar seus valores e princípios.

Finalmente, Celeste (2019, pp. 15 e 26) fala sobre a diferença entre a constitucionalização e o constitucionalismo digital. Segundo defende, a "constitucionalização do ambiente digital" identifica o

processo de produção de normas com o objetivo de garantir a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes dentro desse contexto.

É importante esclarecer a relação entre a constitucionalização do ambiente digital e o constitucionalismo digital. Este representaria o conjunto de valores e ideais que permeiam, informam e orientam o processo de constitucionalização do ambiente digital. E ele, o constitucionalismo digital, forneceria o imperativo que fundamenta o processo de constitucionalização.

Além disso, é crucial ressaltar que a constitucionalização é um processo composto por diferentes estágios, não se referindo exclusivamente à etapa final em que as normas são institucionalizadas ou constitucionalizadas. Mesmo a elaboração de princípios constitucionais em nível societal pode marcar a presença de um processo de constitucionalização no ambiente digital, mesmo que as normas ainda não estejam institucionalizadas na hierarquia das fontes legais.

Por fim, segundo o autor, o processo de constitucionalização do ambiente digital não é unitário. Apesar de ser possível identificar valores, motivações e objetivos comuns, o processo não adota uma única modalidade, manifestando-se em diferentes respostas normativas, às vezes estratificadas ou sobrepostas. A próxima seção ilustrará um mapeamento desses diferentes tipos de modalidades.

4 CRÍTICAS AO CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Pereira e Keller (2022) argumentam que o conceito de constitucionalismo digital apresenta uma gama variada de usos e imprecisões teóricas. As autoras identificam três formas distintas de utilização do termo: primeiro, como um fenômeno normativo, referindo-se a uma constelação de iniciativas que buscam articular um conjunto de direitos políticos, normas e limites de governança sobre o exercício de poder na internet, incluindo cartas, declarações

oficiais, diretrizes e termos de serviço, como no caso do Marco Civil da Internet; em segundo lugar, como uma reconfiguração das proteções constitucionais diante das transformações relacionadas aos processos de digitalização, abrangendo questões como liberdade de expressão, direito à explicação, acessibilidade, proteção de dados (como na ADI 6529) e direito ao encriptamento; e, por fim, como uma moldura teórica para os possíveis meios, sejam estatais ou não estatais, de aplicação do direito em tecnologias digitais visando mitigar a concentração de poder das plataformas digitais. Este conceito abarca uma variedade de mecanismos de naturezas distintas, cuja implementação é justificada pela transposição dos valores do constitucionalismo liberal ocidental para as relações estabelecidas em ambientes digitais.

As autoras destacam que o constitucionalismo, em sua concepção inicial, emergiu como um sistema de organização da esfera pública estatal. Entretanto, com a ascensão de poderes privados em escala global, observa-se uma tendência crescente de empregar os princípios e terminologias do constitucionalismo para explicar mudanças nos sistemas normativos e de poder que ultrapassam a tradicional noção de estado-nação. Elas exemplificam essa tendência, trazendo uma série de conceitos, como pluralismo constitucional, constitucionalismo societal, constitucionalismo global, constitucionalismo transacional, constitucionalismo multinível e o constitucionalismo digital (Pereira e Keller, 2022).

Pereira e Keller (2022) resgatam o desenvolvimento histórico do constitucionalismo desde as Revoluções liberais do século XVIII, evidenciando que a ideia de constituição surgiu como uma ferramenta jurídica para conter o arbítrio e racionalizar o exercício da autoridade. Elas enfatizam que historicamente a constituição não é um conceito neutro ou meramente descritivo, mas sim uma medida destinada a limitar o poder. No século XX, observa-se uma tendência de rotular diversas ordens como "constitucionais", independentemente de cumprirem efetivamente esse papel. Isso inclui constituições que formalizam instituições e enunciam direitos, mas que não exercem um papel efetivo na contenção do poder (constituições semânticas

ou de fachada), bem como constituições que vão além do âmbito estatal, regulando poderes privados ou supranacionais. Diante desse panorama, as autoras questionam se a teoria constitucional deve adotar um conceito neutro e puramente descritivo, abandonando o ideal que norteou a construção desse conceito ao longo da história.

Em sequência, Pereira e Keller (2022) destacam que o conceito de constitucionalismo digital é impreciso e abarca ideias conflitantes. Elas ressaltam que mesmo que haja uma unidade entre os princípios fundamentais das iniciativas, o equilíbrio de poder permanece assimétrico - as regras estabelecidas por agentes privados em suas próprias atividades refletem racionalidades regulatórias distintas e têm efeitos potenciais diferentes das obrigações regulatórias baseadas na coerção estatal. As autoras chamam atenção para os riscos e consequências decorrentes da ampliação do conceito de constitucionalismo e dos recentes usos da categoria constitucionalismo digital e criticam a apropriação simbólica do constitucionalismo pelo âmbito das soluções desenvolvidas e operadas pelas próprias plataformas digitais, alertando para o risco de legitimar estruturas extremamente assimétricas.

As autoras entendem que o constitucionalismo digital (com exceção aos usos relacionados à incorporação do tema na agenda do direito constitucional) tem o potencial de gerar efeitos opostos aos pretendidos – reconhecendo e fortalecendo o papel das plataformas como "governantes" do discurso *online* e consolidando seu poder político.

5 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mendes e Fernandes (2020) propõem uma reflexão sobre como os princípios e valores do constitucionalismo digital podem ser empregados como parâmetros normativos para o controle de constitucionalidade das leis da internet. Para os autores, o

constitucionalismo digital representa uma corrente teórica do direito constitucional contemporâneo que se baseia em prescrições normativas comuns para reconhecer, afirmar e proteger os direitos fundamentais no ciberespaço. Destacam ainda que essa abordagem busca reequilibrar os poderes na governança do ambiente digital, assegurando a proteção dos direitos fundamentais mesmo em contextos privados, nos quais as empresas de internet desempenham um papel relevante na definição das dinâmicas digitais (Mendes e Fernandes, 2020, pp. 14, 15).

Ao abordar as várias modalidades regulatórias para alcançar objetivos de regulação previsíveis nos ambientes virtuais, os autores reconhecem, que uma dessas modalidades é a intervenção do Estado nacional, que, mesmo coexistindo com outras formas de conformação de direitos, mediadas pelo mercado ou pela sociedade, mantém sua importância. Nesse contexto, identificam uma lacuna na literatura sobre constitucionalismo digital quanto à jurisdição constitucional. Eles sugerem que essa negligência pode decorrer da crença generalizada de que a disseminação da internet acarretaria uma crise no conceito de estado-nação, e que o Estado seria incapaz de responder à complexidade regulatória imposta por essa nova realidade. No entanto, os autores defendem que as formas tradicionais de governo estatal continuam a desempenhar um papel político relevante na normatividade do ciberespaço. Assim, enfatizam a importância de integrar o controle de constitucionalidade como parte das estruturas jurídicas que regem a internet, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção do Estado de Direito nesse contexto emergente.

Mendes e Fernandes (2020) destacam dois elementos que definem o Estado Constitucional moderno e que podem ser enriquecidos pelo diálogo com o constitucionalismo digital: a separação entre os poderes público e privado e a demarcação do espaço das ordens jurídicas nacionais e transnacionais. No que se refere à primeira dimensão, os autores abordam a redefinição da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especialmente nas interações

entre grandes empresas de internet e usuários. Eles sugerem que as Cortes Constitucionais devem não apenas avaliar a conformidade com uma proibição de excesso, mas também uma proibição de omissão na configuração de direitos fundamentais na esfera privada. Essa abordagem decorre da já mencionada observação de que os atores privados na internet se tornaram mediadores frequentes em conflitos de direitos fundamentais básicos, muitas vezes precedendo a própria intervenção da autoridade estatal. Essa perspectiva busca equilibrar as relações, garantindo a proteção dos direitos fundamentais mesmo nas interações privadas, onde empresas de internet exercem papel significativo na definição das dinâmicas digitais.

Os autores apontam como possíveis agendas para conexão do constitucionalismo digital e a jurisdição constitucional dois pontos: a Responsabilidade dos intermediários *online* por conteúdo de terceiro, indicando que a questão tangencia o próprio limite da regulação da liberdade de expressão em oposição à efetividade do controle do usuário sobre o conteúdo trafegado na rede; e a re-territorialização do ciberespaço na jurisdição constitucional, indicando como exemplo o problema da obtenção de dados como evidências criminais por requisição judicial direta ou acordos de cooperação mútua (MLAT), o que evidencia a tensão entre soluções que prestigiam a soberania estatal ou a abertura a soluções que reconheçam outros atores como legítimos para negociação de interesses nessa questão (Mendes e Fernandes, 2020).

5.1 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A agenda proposta por Mendes e Fernandes (2020) referente à separação entre os poderes público e privado e a redefinição da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais merece maior atenção, ao que passamos agora.

Os direitos fundamentais, em uma concepção clássica, são entendidos como direitos de defesa, com um consenso sobre sua oponibilidade em relação ao Estado, que tem a obrigação de garantir sua realização, especialmente os direitos sociais, e de proteger o indivíduo das interferências estatais (Sarlet, 2005, p. 169). Desde sua origem, os direitos fundamentais têm como objetivo proteger o indivíduo contra a atuação do Estado, numa reação histórica ao absolutismo, buscando limitar os poderes do soberano, com a teoria liberal-clássica entendendo que essas garantias não se aplicam nas relações privadas (Sarmento, 2006, 193).

No entanto, esse entendimento começou a ser alterado com a identificação de relações privadas onde não há igualdade entre as partes, resultando em uma efetiva sujeição de um dos sujeitos ao outro, afetando sua dignidade. Essa mudança de paradigma decorreu da percepção de que, frequentemente, era necessário intervir nas relações entre particulares para garantir a igualdade entre eles e a dignidade humana. Portanto, passou-se a entender que a autonomia privada não pode ser considerada um valor em si mesma, mas merece tutela somente se estiver alinhada aos demais princípios e valores constitucionais (Tepedino, 2004, p. 11).

A eficácia horizontal consiste na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mesmo quando aparentemente há igualdade entre eles, mas na verdade verifica-se uma sujeição de um participante ao poder do outro, similar às relações com o Estado (Pereira, 2003: 135). Como esclarece Zamorano (2014), embora não haja uma norma positivada na Constituição brasileira que imponha diretamente a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais, é possível inferir, através de uma interpretação teleológica do seu texto, especialmente do art. 5º, §1º, o fundamento normativo para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, considerando que o Estado deve garantir, em todas as esferas, a efetividade desses direitos.

É importante notar que existem variações sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com alguns autores defendendo

sua eficácia direta ou imediata e outros sua eficácia mediata ou indireta. No contexto brasileiro, a maioria dos autores adere à teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, considerando que, como mencionado, a Constituição (art. 5º, §1º) estabelece a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, em consonância com o princípio da máxima efetividade, que busca conferir a maior efetividade possível aos direitos fundamentais para que possam cumprir sua função social.

Nesse sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira (2003, p. 185) argumenta que "a concepção de que direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição."

5.2 REDEFINIÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No seu trabalho sobre a constitucionalização do ambiente digital, Celeste (2019) busca articular os princípios do constitucionalismo clássico com a esfera privada, visando garantir a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes nesse contexto específico. No entanto, as críticas pertinentes trazidas por Pereira e Keller (2022) destacam os riscos e consequências da ampliação do conceito de constitucionalismo e do uso recente da categoria constitucionalismo digital. Eles alertam que essa ampliação pode legitimar estruturas extremamente assimétricas, fortalecendo o papel das plataformas digitais como "governantes" do discurso *online* e consolidando seu poder político.

Nesse cenário, a agenda proposta por Mendes e Fernandes (2020) de redefinição da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especialmente nas interações entre grandes empresas de internet e usuários, surge como uma alternativa promissora. Mendes e Fernandes (2020) discutem as implicações da integração do

constitucionalismo digital no contexto da jurisdição constitucional, com foco na redefinição da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Historicamente, a jurisdição constitucional reconheceu a irradiação dos direitos fundamentais para além das relações entre Estado e cidadãos. No entanto, o debate sobre a eficácia desses direitos nas relações entre particulares marcou o direito alemão e norte-americano nas décadas de 1950 e 1960. A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas passou a ser discutida, resultando no reconhecimento da dimensão horizontal desses direitos pela jurisdição constitucional, incluindo o papel do legislador na proteção desses direitos.

Contudo, a concepção tradicional da eficácia horizontal mostra-se limitada no contexto da internet. Os autores argumentam pela necessidade de reformular essa teoria na esfera digital, considerando o papel coletivo e institucional dos direitos constitucionais nas relações privadas *online*.

Mendes e Fernandes (2020, p. 14) destacam a necessidade de reformular a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera digital devido a algumas razões específicas:

- Perspectiva individualista *versus* dimensão coletivo-institucional: enquanto a formulação tradicional da teoria da eficácia horizontal enfatiza um equilíbrio entre os direitos individuais dos atores privados, na esfera digital, a dinâmica é mais complexa. A interação na internet muitas vezes envolve não apenas indivíduos, mas também instituições e grupos. Portanto, os direitos fundamentais precisam ser considerados não apenas em termos de proteção individual, mas também em relação aos interesses coletivos e institucionais que podem surgir no contexto digital.
- Participação do indivíduo na formação do direito privado: a dinâmica das relações privadas na internet muitas vezes envolve a participação ativa dos indivíduos na formação do direito privado. Isso significa que as concepções tradicionais de proibição de excesso e proibição de insuficiência podem

não ser adequadas, pois não levam em conta o papel ativo dos indivíduos na definição das normas e padrões nas relações digitais.

Portanto, a reformulação da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera digital busca adaptar esses conceitos às características específicas das interações *online*, levando em consideração não apenas os direitos individuais, mas também os interesses coletivos, institucionais e a participação ativa dos indivíduos na formação do direito privado digital.

As empresas de internet, como Facebook, Google e Amazon, exercem poder significativo na mediação da comunicação *online*, interferindo no fluxo de informações por meio de filtros e algoritmos. Em vez de serem partes nas relações jurídicas, elas formam o ambiente onde as relações acontecem (inclusive com elas próprias). Há um deslocamento do espaço onde as relações acontecem, de um espaço público para um espaço privado, extremamente turvo e onde essas empresas atuam de acordo com seus interesses. Assim, é natural esperar que elas adotem uma postura não neutra, ao mesmo tempo que suas decisões impactam diretamente as liberdades públicas dos usuários.

Além disso, os autores identificam que essas plataformas digitais também desempenham um papel importante na resolução de conflitos entre os usuários, aplicando regulamentos e termos de uso pactuados, o que as coloca em uma posição de verdadeiros tribunais *online*.

6 EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS, ALEMANHA E BRASIL

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem espaços diferentes em cada um desses países. falar de assuntos a serem analisados e dos potenciais e riscos de cada um.

Em 1958 houve a decisão seminal Lüth, em que a Corte Constitucional Alemã definiu que o direito fundamental à liberdade de expressão alcançaria o direito privado, tendo a Lei Fundamental

efeito sobre terceiros (*Drittwirkung*). Assim, compreendeu-se que a Constituição não só contém direitos negativos que protegem as liberdades individuais do governo, mas também estabelece uma ordem objetiva de valor (*objektive Werteordnung*), que é capaz de alcançar o direito privado. Como a própria corte colocou, significa que os Direitos fundamentais possuem um efeito irradiante sobre o direito privado, de modo que este deve ser interpretado em conformidade com aqueles (Haupt, 2023, 4).

A Corte Constitucional Alemã tem avançado no tema, como aconteceu em 2011, no caso *Fraport*, em que se discutia a proibição de protestos em um Aeroporto Privado, com participação pública, em Frankfurt. No caso, um grupo de pessoas queriam protestar a deportação de imigrantes e entregar panfletos dentro do terminal do aeroporto, o que foi proibido pela empresa que o administrava. As cortes inferiores concluíram que o operador do aeroporto não era obrigado pelas normas constitucionais (Haupt, 2023, 5). A corte constitucional reverteu esse entendimento, informando que os direitos fundamentais tinham, sim, eficácia no caso. No caso, depois de distinguir a aplicação imediata dos direitos fundamentais em empresas públicas e a regra geral da aplicação mediata desses direitos, a Corte Constitucional explicou:

> Em função do conteúdo da garantia e das circunstâncias do caso, a força vinculante indireta dos direitos fundamentais dos particulares pode, pelo contrário, aproximar-se ou mesmo igualar-se à força vinculante dos direitos fundamentais sobre o Estado. Isto é relevante para a proteção das comunicações, em especial quando as próprias empresas privadas assumem a prestação de comunicações públicas e, assim, assumem funções anteriormente atribuídas ao Estado no âmbito dos seus serviços de interesse geral – tais como a prestação de serviços postais e de telecomunicações. Até que ponto isto também se aplica hoje em dia em relação à liberdade de reunião

> e liberdade de expressão em relação às empresas privadas que estabelecem um espaço de tráfego público e, assim, criar locais de comunicação geral não precisa ser decidido aqui.[138]

Assim, como podemos ver, a Corte levantou a questão da eficácia imediata, mas a deixou para ser tomada no futuro.

Em 2015, a terceira Câmara da Corte Constitucional aplicou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em caso sobre direito de reunião em uma praça privada. No caso, um grupo de pessoas foi impedido de realizar protestos contra a vigilância em espaços públicos em uma praça de propriedade privada. A Corte entendeu que, sendo o espaço privado aberto ao público e destinado ao uso público, então a proibição infringiria o direito de reunião.[139]

Em 2018, uma decisão do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal negou o recurso de um fã de futebol que foi proibido de entrar em estádios de futebol em toda a Alemanha, após brigas em uma partida.[140] Nesse caso, a Corte constitucional resumiu a doutrina dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais:

> Os direitos fundamentais geralmente não criam obrigações diretas entre atores privados No entanto, eles permeiam as relações jurídicas no âmbito do direito privado; portanto, cabe aos tribunais regulares dar efeito aos direitos fundamentais na interpretação do direito comum, especialmente por meio de cláusulas gerais contidas em disposições de direito privado e conceitos legais que não são precisamente definidos na lei estatutária Esses efeitos estão enraizados nas decisões sobre valores constitucionais (verfassungsrechtliche Wertentscheidungen)

138 BverfG, Judgment of the First Senate of 22 February 2011, 1 BvR 699/06, para. 59 ("Fraport"), http://www.bverfg.de/e/rs20110222_1bvr069906en.html. Acesso em: 15/08/2024.

139 BvQ 25/15, 18 Julho de 2015 ("Bierdosen-Flashmob").

140 1 BvR 3080/09, 11 Abril de 2018 ("Stadionverbot").

> consagrados nos direitos fundamentais, que permeiam o direito privado em termos de princípios orientadores; consequentemente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal se referiu aos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores constitucionais... Neste contexto, os direitos fundamentais não servem apenas para manter consistentemente as interferências restritivas à liberdade ao mínimo; ao contrário, eles devem ser desenvolvidos como valores fundamentais que informam o equilíbrio das liberdades dos titulares de direitos igualmente A liberdade concedida a um titular de direito deve ser conciliada com a liberdade concedida a outro. Para esse fim, é necessário avaliar as posições conflitantes dos direitos fundamentais em termos de como eles interagem e encontrar um equilíbrio de acordo com o princípio da concordância prática (praktische Konkordanz), que exige que os direitos fundamentais de todas as pessoas envolvidas sejam efetivados da maneira mais ampla possível.
>
> A este respeito, a medida em que os direitos fundamentais permeiam indiretamente o direito privado depende das circunstâncias do caso concreto. A fim de dar efeito suficiente aos valores constitucionais consagrados nos direitos fundamentais, é imperativo procurar um equilíbrio entre as esferas de liberdade dos vários detentores de direitos. Os fatores decisivos podem incluir as consequências inevitáveis resultantes de certas situações, a disparidade entre as partes opostas, a importância atribuída a certos serviços na sociedade ou a posição social de poder detida por uma das partes.[141]

Em 2019, a Corte Constitucional Alemã aplicou esse entendimento no caso "Der III Weg". Nesse caso, o Facebook havia excluído a conta

141 1 BvR 3080/09, 11 April 2018 ("Stadionverbot").

de um partido de extrema direita que violava os critérios de discurso de ódio dos seus Termos de Uso em uma postagem.

Em seu pedido de tutela de urgência, o partido político solicitou o restabelecimento do seu perfil, tendo em vista a proximidade das eleições dos deputados para o Parlamento Europeu, que ocorreria em maio de 2019. O Tribunal acolheu liminarmente o pedido e determinou que o Facebook restabelecesse a conta do Partido (Haupt, 2023, 6).

Mendes e Fernandes (2022, 8) chamam atenção para o fundamento invocado pelo Tribunal, que expressou, de acordo com a sua própria jurisprudência, que "os direitos fundamentais podem ser efetivados em litígios privados por meio de efeitos indiretos de terceiro" (traduções livres). Os autores chamam atenção ao fato de que, mesmo sem antecipar as chances de sucesso de mérito da reclamação, o Tribunal ponderou que "pelo menos em sede de proteção legal provisória, as desvantagens previsíveis de um bloqueio (possivelmente inadmissível) para o partido político 'pesaria consideravelmente mais' do que as desvantagens que o Facebook sofreria se o bloqueio se tornasse permissível em retrospecto." (tradução livre)

Segundo Mendes e Fernandes (2022), essa avaliação do Tribunal indica a falta de clareza com relação às relações jurídicas constitucionais entre os usuários e plataformas, mas seria possível constatar a grande dependência desse partido político em relação ao Facebook.

Eles prosseguem na análise da decisão, trazendo atenção ao fato de o Tribunal fez referência aos dois precedentes já citados (Fraport e Proibição dos Estádios, *Stadionverbotsentscheidung*). Isso pode ser interpretado como uma tendência de trazer para as redes sociais uma abordagem de publicização. Nesse caso, como no caso Fraport, é possível entender que o Facebook representaria um espaço público de troca e comunicação de ideias, o que teria relevância para a tomada de decisões democráticas. Assim, a natureza privada das redes sociais e a interpretação dos seus termos e condições de uso serão menos relevantes do que a eficácia dos valores constitucionais nessa relação (Mendes e Fernandes, 2022, 8).

7 CONCLUSÃO

O ponto de partida para as discussões apresentadas aqui é que os indivíduos e a sociedade podem ter seus direitos fundamentais ameaçados e geridos não somente pelo Estado, mas também por poderosos atores privados, como corporações ou até mesmo organismos internacionais privados, como a ICANN. Existe um vácuo normativo nesse campo que consolidou o exercício do poder privado desafiando liberdades individuais.

Diante das reflexões apresentadas sobre o conceito de constitucionalismo digital e suas implicações, torna-se evidente a complexidade e os desafios que permeiam a interseção entre direitos fundamentais e o ambiente digital. Enquanto Edoardo Celeste (2019) propõe uma articulação dos princípios constitucionais clássicos com a esfera privada, visando garantir a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes, as críticas de Pereira e Keller (2022) ressaltam os riscos de legitimar estruturas assimétricas ao expandir esse conceito.

Nesse contexto, a abordagem proposta por Mendes e Fernandes (2020) para a redefinição da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surge como uma alternativa promissora. Ao reconhecer as limitações da concepção tradicional no ambiente digital, os autores argumentam pela necessidade de reformular essa teoria, considerando o papel coletivo e institucional dos direitos constitucionais nas relações privadas *online*.

As grandes empresas de internet exercem um poder significativo na mediação da comunicação *online*, influenciando diretamente as liberdades públicas dos usuários. Diante desse cenário, as reações normativas do constitucionalismo digital buscam garantir os direitos de liberdade de expressão na internet, especialmente através do controle do poder privado de restrição dos fluxos comunicativos nas plataformas.

No entanto, essa busca por equilíbrio e proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital levanta questões sensíveis sobre

o regime de responsabilidade civil dos intermediários *online* pelo conteúdo de terceiros. É fundamental encontrar soluções que conciliem a proteção dos direitos individuais com a necessidade de garantir a segurança e a integridade das plataformas digitais, promovendo assim um ambiente *online* mais justo, inclusivo e democrático para todos os usuários.

Tendo em vista a tradição estadunidense, as discussões sobre o tema lá tendem a situar conflitos dessa natureza como questões técnicas, administrativas e legais, no âmbito direito privado (Haupt, 2023, 3). Já no Brasil e na Alemanha, essas discussões tendem a seguir o caminho da constitucionalização da atividade realizada por essas empresas provedoras de serviços digitais, em relação à moderação de conteúdo e coleta de dados pessoais. Deve-se prestar atenção sobre as diferenças entre eficácia horizontal mediata e imediata dos direitos fundamentais nesses países (Haupt, 2023, p. 3; e Mendes e Fernandes, 2022).

Essa discussão, que segue em curso em todos esses países, transparece o desafio de se construir uma responsabilização democrática desses poderosos atores não estatais, de modo a garantir a proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A Constituição do Algoritmo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation, International Review of Law, **Computers & Technology**, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604 Último acesso em: 23/02/2024.

FLORIDI, Luciano. The 4th Revolution: how the infosphere is reshaping human reality. 9 imp. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GILLESPIE. Tarleton. The Human Labor of Moderation. **In Custodians of The Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media**. New Haven: Yale University Press, 2018.

KLONICK, Kate. The new Governors: the people, rules and processes governing online speech. In: **Harvard Law Review** (Apr 10, 2018) 131. Boston: Harvard, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/. Último acesso em: 23/02/2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-33, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i1.4103 Último acesso em: 23/02/2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas da internet: o dilema da moderação de conteúdo em redes sociais na perspectiva comparada Brasil-Alemanha.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, p. 2648-2689, 2022.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações Privadas.** 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUZOR, Nicolas. "Digital constitutionalism: Using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms." In: S**ocial Media+ Society**, 2018.

SUZOR, Nicolas. A Constitutional moment: How we might reimagine platform governance. *In*: **Computer Law and Security Review**, 36, Article number: 105381 : Elsevier, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAMORANO, Fernanda Raso. Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. In: **OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL Brasília**: IDP, Ano 7, no. 2, jul./dez. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/995 Último acesso em: 23/02/2024.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INTERNET E O DIREITO DE USUFRUIR DE MEIOS ANALÓGICOS ATÉ A EFETIVAÇÃO TOTAL DA CIBERCIDADANIA

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INTERNET ACCESS AND THE RIGHT TO USE ANALOG MEANS UNTIL FULL IMPLEMENTATION OF CYBER CITIZENSHIP

Carolina Barcelos Bontempo[142]

Grazielly Almeida Borges[143]

Resumo: O acesso à internet é um meio essencial para se garantir o exercício pleno dos direitos civis, políticos e sociais, principalmente em um contexto no qual os Estados se utilizam de meios digitais para prestação de serviços públicos. Ocorre que ainda existe no contexto brasileiro uma significativa parcela da população que não dispõe de acesso a esse recurso, ficando assim privada da inclusão digital. A partir de uma metodologia baseada em método científico de abordagem hipotético-dedutivo, o presente trabalho terá o objetivo de discutir acerca da cidadania digital e sua importância para garantia de direitos fundamentais, ademais, far-se-á também a discussão acerca do direito a ser analógico, e se tal direito aplicar-se-ia no Brasil. Desse modo, ressalta-se a importância de que, em um país plural com marcantes desigualdades, a efetivação de direitos fundamentais não deveria estar submetida tão somente a um âmbito, o digital.

Palavras-chave: Internet; Direitos Fundamentais; Cidadania Digital.

142 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestranda do PPGD da Universidade Federal de Uberlândia, e-mail: carolina.bontempo@ufu.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2121331103366707.

143 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestranda do PPGD da Universidade Federal de Uberlândia. Este trabalho foi desenvolvido quando a autora era bolsista financiada pela CAPES, conforme art. 1º da Portaria nº. 206, de 4 de setembro de 2018. E-mail: grazi.borges@ufu.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3166884856129063.

Abstract: Access to the internet is an essential means of ensuring the full exercise of civil, political, and social rights, especially in a context where States use digital means to provide public services. However, in the Brazilian context, a significant portion of the population still lacks access to this resource, thus being deprived of digital inclusion. Based on a scientific methodology using the hypothetical-deductive approach, this paper aims to discuss digital citizenship and its importance for guaranteeing fundamental rights. Additionally, it will address the right to be analog and whether such a right could be applicable in Brazil. Therefore, it is emphasized that in a diverse country with marked inequalities, the realization of fundamental rights should not be confined solely to the digital realm.

Keywords: Internet; Fundamental Rights; Digital Citizenship.

1 INTRODUÇÃO

Questiona-se qual o tratamento jurídico adequado ao direito de acesso à internet no âmbito pátrio, considerando que, atualmente, há uma significativa parcela da população brasileira que não dispõe de acesso a esse recurso, ficando assim privada da inclusão digital. Esta constitui um fator importantíssimo de acesso para muitos direitos fundamentais e base para o exitoso e completo exercício da cidadania na sociedade da informação, assim intitulado por Manuel Castells (2016).

A disseminação das tecnologias disruptivas é então nítida em todos os entornos da contemporaneidade, inclusive, na administração pública. Para tal, os Estados utilizam-se de meios digitais como uma forma de governança digital. Esta, para Faleiros Jr (2022), seria definida como um conjunto de práticas ou atividades de vários tipos, desde decisões políticas, da legislação nacional, de ações internacionais até serviços públicos que usam novas tecnologias para a produção e a prestação de serviços (incluindo informações) de forma online.

Nesse sentido, quando diversos serviços de ordem estatal, os quais garantem direitos à população são fornecidos de forma digital, surge, portanto, um grande problema, à medida que, nem toda a população brasileira possui instrumentos necessários para a conexão à internet e assim efetivar um direito ou usufruir de um serviço.

Chega-se a um ponto crucial, a ser trabalhado na presente pesquisa, a exclusão digital. Esta, seria o ponto de intersecção entre a supra necessidade de existirem meios analógicos para a concretização de direitos fundamentais enquanto a cidadania digital não é efetiva. Não obstante, segundo o Relatório sobre Exclusão Digital do Comitê de Comunicações e Digital da Câmara dos Lordes (House of Lords)[144] ainda não existe uma definição universalmente aceita sobre o termo exclusão digital, porém o que é até intuitivo e que é socialmente aceito como exclusão digital, são definições que se referem a setores da população que não conseguem usar a Internet da maneira mais efetiva e necessária para participar plenamente na sociedade moderna (House of Lords, 2023).

A partir de uma metodologia baseada em método científico de abordagem hipotético-dedutivo, em que a instrumentalização científica repousa sobre hipóteses dedutivas que delineiam consequências a serem submetidas à verificação, o presente trabalho terá o objetivo de discutir acerca da cidadania digital e sua importância para garantia de direitos fundamentais, ademais, far-se-á também a discussão acerca do direito a ser analógico, e se tal direito aplicar-se-ia no Brasil.

Serão abordadas quais as razões de tal exclusão, como, por exemplo, a falta de habilidade (conhecimento e informação), dificuldade de acesso (barreiras físicas, como a ausência de uma conexão de qualidade) e também a acessibilidade econômica (dificuldade de adquirir pacotes de internet).

Assim, delineia-se a problemática a ser trabalhada, pois, diante de um Estado que se vale da Governança Digital e fornece à população

144 House of Lords. Communications and Digital Committee. (2023). Digital exclusion. 3rd report of session 2022–23. Ordered to be printed 20 June 2023 and published 29 June 2023 [HL Paper 219]. London: Parliamentary Paper.

meios de executar sua cidadania por meio do ambiente virtual, ela também deve o fazer por meios analógicos para que todos possam ter acesso. O "direito a ser analógico" é um conceito que defende a possibilidade das pessoas escolherem não utilizar tecnologias digitais ou de manter práticas analógicas, mesmo em um mundo cada vez mais digitalizado. Este direito sublinha a importância da inclusão de todos os indivíduos, garantindo que aqueles que optam por não usar tecnologias digitais não sejam deixados para trás ou discriminados.

Paradoxalmente, surgem desafios para a Administração Pública neste âmbito, quais sejam, proporcionar serviços em sua dualidade, de forma online e analógica ou fornecer a todos, por meio de políticas públicas, a cidadania digital.

Tal dualidade e suas dificuldades serão o ponto de partida para uma reflexiva abordagem acerca do direito a ser analógico no Brasil, bem como, o direito à cidadania digital.

2 A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO POSITIVA DO ESTADO PARA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA DIGITAL

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar dos movimentos revolucionários que sacudiram especialmente a Europa e a América do Norte, nos Séculos XVII e XVIII (Sarlet, 2016). Já no século XXI, a realidade enfrentada ao longo da pandemia da Covid-19 lançou novas luzes sobre a questão da essencialidade do reconhecimento de um novo direito fundamental e evidenciou novos desafios e mesmo caminhos a serem trilhados no que concerne ao acesso universal à internet para se assegurar mesmo o mínimo existencial, como o Auxílio Brasil. Destarte, o acesso à internet tornou-se uma necessidade cada vez mais premente, impactando um conjunto significativo de outros direitos humanos e fundamentais.

No Brasil, hoje plataformas como gov.br concentram o acesso a muitos serviços para o cidadão, de sorte que o Estado pressupõe que

os brasileiros tenham conectividade e acesso a uma internet estável, segura e de qualidade, bem como educação digital para utilizar os recursos tecnológicos. Porém, não é o que de fato ocorre na prática.

Chega-se, então, ao problema que será analisado no presente trabalho: Alguns direitos fundamentais essenciais como educação, saúde, acesso à informação como mecanismo de participação e cidadania também deveriam ser ofertados de forma analógica enquanto a totalidade da população não possui acesso significativo e de qualidade à internet?

Para tanto, pretende-se enquadrar a internet como um direito social, demonstrando-se a necessidade de seu reconhecimento como um direito fundamental já positivado (interpretação extensiva que se retira do artigo 7º, do Marco Civil da Internet - Lei nº. 12.965/2014), que requer atuação estatal para efetivação, a fim de restabelecer condições de dignidade de vida aos indivíduos que tiveram em algum grau suprimido esta condição e qualidade de acesso para populações menos favorecidas das áreas vulneráveis, zonas rurais, pessoas das classes D e E e de faixas etárias mais altas (idosos).

O direito a ser analógico na fruição de alguns direitos até a universalização de acesso à internet resvala no princípio da igualdade, uma vez que ter acesso à internet se traduz em uma garantia de inclusão que se mostra relevante para a vida em sociedade (Faleiros Júnior, 2023). Assim, enquanto em alguma medida não é possível que o Estado garanta o acesso pleno a este bem da vida (internet), a medida mais consentânea seria a garantia de acesso a meios ainda analógicos para a fruição de outros direitos que pressuporiam o acesso à rede.

No que tange especificamente à necessidade de atuação positiva do Estado para a promoção do acesso à internet na condição de direito fundamental, destaca-se que alguns autores (Perez Luño, 1991, p. 210; Ferreira Filho, 1995, p. 67) questionam a inflação dos direitos fundamentais. A despeito disso, os direitos de acesso às tecnologias já vêm sendo reconhecidos por outros (Wolkmer, 2003, p. 29) como direitos fundamentais de quinta dimensão.

Segundo a doutrina mais consagrada sobre o tema: "o reconhecimento progressivo de novos direitos humanos e fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade" (Sarlet, 2016). Nesse sentido, a elevação do direito à internet ao patamar de direito fundamental seria resultado de uma necessidade contemporânea, a fim de tentar resolver a questão da exclusão digital.

No que tange aos documentos internacionais mencionando a importância da inclusão digital, vale destacar a Background Note do Pacto Digital Global, publicada em 17 de janeiro de 2023, segundo a qual o Secretário Geral das Nações Unidas afirma que a transformação digital vem moldando o século XXI (Organização das Nações Unidas, 2023) e o Roteiro para a cooperação digital: implementação das recomendações do Painel de Alto Nível sobre Cooperação Digital no qual são fixadas recomendações para otimizar o uso de tecnologias digitais (Organização das Nações Unidas, 2020). Conforme este último documento, as recomendações têm por escopo o atingimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, notadamente que, até 2030 toda pessoa adulta tenha acesso, de maneira acessível, às redes digitais.

Quanto à recomendação 1A sobre conectividade global (Organização das Nações Unidas, 2020) vejamos o seguinte trecho:

> "14. Numerosas barreiras exacerbam a divisão digital. Primeiro, instalar conexões de banda larga tradicionais é custoso, e países frequentemente enfrentam dificuldades para financiar os cabos de fibra óptica necessários. Segundo, as dinâmicas de mercado muitas vezes não são favoráveis. O poder de compra mais baixo nos países menos desenvolvidos é um fator limitante para os provedores de conectividade e, embora a tecnologia sem fio possa ajudar a expandir a cobertura de banda larga mais longe, mais rápido e mais barato, as empresas não têm incentivos para seguir esse caminho. Por fim, a

> falta de habilidades digitais também pode limitar a adoção de ferramentas digitais" (tradução nossa).[145]

O excerto expõe as dificuldades de conectividade dos países em desenvolvimento, tanto econômicas quanto educacionais. Nesse sentido, é possível vislumbrar duas diretrizes para a atuação Estatal positiva que ora se propõe: i) acesso universal à internet de forma gratuita, implicando em uma prestação econômica estatal; ii) educação e inclusão digital, com superação das barreiras denominadas como "falta de habilidades digitais", de modo a promover a autonomia do cidadão no uso das tecnologias digitais.

Destaca-se, ainda, que a Assembleia Geral das Nações Unidas (2012), por meio de seu Conselho de Direitos Humanos já afirmou expressamente que a Internet pode ser um importante instrumento para o desenvolvimento e para o exercício dos direitos humanos.[146]

O referencial teórico deste artigo foi definido por Bernd Lorenz e consiste no reconhecimento de um direito fundamental a uma vida analógica no contexto alemão, descrito e transposto para a realidade pátria por Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Claudia Mansani Queda de Toledo (2022). Nesse sentido, os autores:

> "Mesmo em um país com grande desenvolvimento econômico, como é o caso da Alemanha, há três grupos de pessoas que não podem ou querem ter acesso à internet: (i) os que não possuem capacidade para usar a internet, por ausência de meios de entender e aplicar as tecnologias da informação e comunicação,

145 No original: 14. Numerous barriers exacerbate the digital divide. First, installing traditional broadband connections is costly, and countries often face difficulties in financing the fibre-optic cables required. Second, market dynamics are often not favourable. Lower purchasing power in the least developed countries is a limiting factor for connectivity providers and, although wireless technology may help to spread broadband coverage further, faster and more cheaply, companies do not have the incentives to pursue this. Finally, the lack of digital skills can also limit the adoption of digital tools. (United Nations, 2020).

146 No original: the Internet can be an important tool for development and for exercising human rights. (United Nations, 2012).

> como é o caso das pessoas idosas. Entre os nascidos antes de 1945, na Alemanha, apenas 52% usam a internet; (ii) os excluídos digitais por hipossuficiência econômica, dada sua impossibilidade de pagar pelos serviços de valor agregado que permitem o acesso à internet, sem mencionar os que não conseguem adquirir os equipamentos necessários a tal fim (computadores, smartphones, tablets etc.); (iii) os que possuem restrições de ordem pessoal – objeções de consciência, medo quanto ao monitoramento de suas ações, receios de violação da privacidade ou de ataques de hackers – ao uso da internet".

Essa divisão de agrupamentos pode ser transposta à realidade brasileira, porém existem peculiaridades que serão exploradas mais adiante no tocante ao uso da internet, sobretudo estatisticamente.

Atualmente, o direito de conectividade, notadamente o acesso à internet pode ser encarado como expressão da dignidade humana, pois se revela essencial ao exercício da cidadania e participação de um sujeito em sociedade, de modo a poder vir a ser encarado como uma ferramenta de concretização de diversos direitos fundamentais. Assim, a atuação positiva do Estado no sentido de reconhecer-lhe como um serviço essencial é imperiosa.

Em definição retirada do Glossário elaborado por Celestino Joanguete e Dércio Tsandzana (2023) a expressão cidadania digital pode ser definida como "a capacidade de exercer a ação cívica num ambiente digital, compreendendo as questões relacionadas aos direitos e deveres dos cidadãos em relação ao uso da tecnologia e da Internet, assim como a participação activa na sociedade em espaços virtuais."

A cidadania digital ou cibercidadania será garantida na medida em que a universalização da internet propiciar um ambiente de ampliação da participação democrática. A cidadania é reforçada à medida em que a universalização do acesso promove o exercício dos direitos civis, incluindo a expressão das liberdades individuais

e a participação em atividades da comunidade na qual o cidadão se encontra inserido.

Ainda no intuito de compreender o conceito de cidadania digital, destaca-se Carneiro (2020, p. 118):

> Trata-se de um conjunto de atitudes associadas ao uso de recursos tecnológicos, que envolvem conhecimento, moderação, conscientização, temperança e respeito, adotadas pelo indivíduo com o objetivo de satisfazer suas necessidades e, ao mesmo tempo, preservar o bem-estar social, contribuindo para a construção de uma sociedade que compartilhe cada vez mais conhecimento.

O mero acesso à internet, garantido por meio de conectividade e meios físicos (*hardware*) e programas (*software*) contudo, não solucionaria o problema. A formação de um cidadão dotado de letramento digital é imprescindível e o papel das políticas públicas nessa formação deve ser destacado a fim de garantir a autonomia do cibercidadão.

A internet, tal como rádio e televisão, integra o modelo telecomunicacional, regulado e fiscalizado pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e as iniciativas destinadas a garantir o acesso universal à internet seguem as diretrizes estabelecidas pelas leis que abordam esse assunto, a exemplo da Lei nº. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações). Nesse sentido, é dever do Poder Público, conforme a legislação em questão:

> Art. 2° O Poder Público tem o dever de:
> I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;
> II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

> III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;
> IV - fortalecer o papel regulador do Estado;
> V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;
> VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.
> VII - criar condições para ampliação da conectividade e da inclusão digital, priorizando a cobertura de estabelecimentos públicos de ensino. (Incluído pela Lei nº. 14.173, de 2021)

Nota-se que a "ampliação da conectividade e da inclusão digital" se configura como destaque legislativo mais recente de atuação positiva do Estado. Muitas vezes, a expressão acesso à internet é tomada como acesso à conexão, porém trata-se de expressão plúrima, que, segundo Baciotti (2014), pode ser desdobrada em três dimensões que conformam o direito de acesso à Internet: i) acesso à infraestrutura; ii) acesso ao conteúdo e iii) acesso à capacitação. Destaca-se que todas estas dimensões implicam que o Estado tome medidas fáticas em benefício do acesso, notadamente através de políticas públicas voltadas para tanto.

Um exemplo mais recente que pode ser citado é a iniciativa por meio da qual o governo federal anunciou que lançará um programa para universalizar a disponibilização do acesso à internet nas escolas públicas do país. Segundo a UNESCO (2023), a falta de integração da tecnologia nas escolas representa um obstáculo significativo para a melhoria da gestão educacional. O intuito do governo é levar banda larga para todas as escolas com recursos do Fust (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações), por meio de ação

conjunta com os ministérios da Educação e de Comunicações e com o BNDES (Sousa, 2023).

Tal emergência se dá, para que seja possível intentar o alcance de metas como a proposta no item 7.15 do Plano Nacional de Educação (PNE, Lei n°. 13.005/2014), o qual previa como meta o acesso universal à rede mundial de computadores em banda larga de alta velocidade até 2024.

Além disso, também no ano de 2023, foi aprovado um projeto de lei que institui um programa de inclusão digital para população idosa com recursos do Fust (PL nº. 2938/23). A proposta prevê como objetivos do programa: i) promover a capacitação dos idosos no uso de dispositivos eletrônicos, serviços digitais e internet; ii) promover entre familiares, cuidadores e profissionais que atuam na área a conscientização sobre a importância da inclusão digital e social dos idosos; e iii) garantir aos idosos a acessibilidade e a usabilidade dos serviços públicos digitais (Agência Câmara de Notícias, 2023).

Chama a atenção que no Brasil já foram propostas quatro emendas à Constituição, com o objetivo de incluir um direito de acesso à internet no rol de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988 (Sarlet; Siqueira, 2021).

Por exemplo, em 2011 foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº. 06/2011, a qual pretendia fazer constar do rol de direitos sociais do artigo 6º da Constituição o direito de acesso universal à Internet, o qual já foi inclusive arquivado. Outra iniciativa, da Câmara dos Deputados, desarquivada em 2019 e em tramitação no Congresso Nacional, a PEC nº. 185/2015, busca "acrescentar o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal à Internet entre os direitos fundamentais do cidadão".

Existem ainda algumas propostas mais recentes de Emenda à Constituição: a nº. 08/2020, a qual visa incluir o acesso à Internet no rol de direitos fundamentais do artigo 5º de nossa Carta Magna e a PEC nº. 35/2020, também originada no Senado Federal, que, por sua vez, visa a alterar os artigos 5º, 6º e 215 da CF/88, a fim de inserir o direito de acesso à internet no rol de direitos sociais, assim como o

dever de assegurar acesso à internet a todos os residentes no país e atualmente esta última, desde 18/05/2023 se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aguardando designação do relator.

Ademais, o Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014) reconhece, de modo expresso, o direito de acesso à internet a todos dentre os objetivos do uso da internet no Brasil (artigo 4º, inciso I, do Marco Civil da Internet); reconhece também o acesso à internet como "essencial ao exercício da cidadania" (Art. 7º, caput do Marco Civil da Internet) e tratou de determinar ao Estado o dever de promover a educação e a inclusão digital (art. 26 e 27, I, do Marco Civil da Internet). Vejamos:

> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
> (...)
> Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:
> I - do direito de acesso à internet a todos;
> (...)
> Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.
> Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem:
> I - promover a inclusão digital;

Destarte, as iniciativas legislativas e o Marco Civil da Internet já encaminham o direito à internet para o status de direito fundamental positivado. Muito há a se avançar no plano fático ainda, porém no

plano legislativo já se nota a preocupação com o tema, que é da ordem do dia.

Seria possível então o reconhecimento de um novo direito fundamental à internet sem alteração constitucional? Por certo, a interpretação extensiva do artigo 7º da Lei nº. 12.965/2014 em consonância com a primeira parte, do §2º do artigo 5º da Constituição Federal pode levar à consideração de um direito fundamental essencial, mas ainda não efetivado. Isso porque, partindo-se de um raciocínio dedutivo, a cidadania é fundamento da República (artigo 1º da Constituição), a internet é ferramenta indispensável em nossa sociedade, sendo um bem da vida essencial para o ser humano em determinado espaço e tempo e portanto se enquadra no conceito de direito decorrente do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna.

Não se nega que tanto o direito de ser analógico quanto o acesso universal à internet até sua efetiva implantação sejam direitos que pressupõem uma prestação social, porém é justamente essa a implicação lógica dos direitos fundamentais sociais vocacionados à proteção e promoção dos vulneráveis.

Assim, a aprovação de uma emenda constitucional elevando o direito de acesso à internet ao patamar de direito fundamental é medida que apenas reforçaria o que já restou previsto no Marco Civil da Internet, sendo assim necessária a efetiva atuação estatal no sentido de se promover a autonomia digital do cidadão, com o fomento da educação e inclusão digital por meio de políticas públicas específicas. Além disso, a constitucionalização do direito fundamental de acesso à internet recairia no papel do constitucionalismo simbólico (Neves, 1994), apenas reforçando um direito que se reconhece por interpretação extensiva de dispositivos já existentes, conforme acima explanado.

Nesse sentido, vale destacar o excerto que corrobora com nossa visão sobre o Marco Civil da Internet, que elevaria o direito à internet a um "teor constitucional", ou seja, um direito fundamental:

> "Sob uma perspectiva do constitucionalismo digital, mesmo não tendo status constitucional, sua aspiração de regular a internet através de uma linguagem constitucional, concentrando-se em princípios amplos que visam proteger os direitos e limitar o poder estatal on-line, caracteriza-o como um marco normativo digital de teor constitucional" (Moncau, Arguelhes apud Alves, Moura, Goés, 2023, p. 379).

Seguindo esta linha de intelecção, a aprovação de mais uma emenda à Constituição no mero intuito de confirmação da relevância e emergência do problema levaria à aprovação de uma legislação *pro forma* no tocante à resolução de problemas concretos e, potencialmente, apenas adiaria a efetiva solução da exclusão digital, encobrindo o problema com aparente atuação legiferante.

Destarte, a atuação positiva do Estado no fomento de programas inclusivos é essencial para a efetivação do direito fundamental e humano de acesso à internet, na contemporaneidade, uma vez que não se pode olvidar do aspecto da historicidade de reconhecimento dos direitos fundamentais, sendo a constitucionalização um processo, sempre em andamento e aperfeiçoamento.

3 COEXISTÊNCIA DO DIREITO A SER ANALÓGICO COM A GOVERNANÇA DIGITAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já anteriormente ressaltado, desigualdades sociais gritantes são observadas no Brasil, e como consequência destas, reitera-se a existência de excluídos digitais por hipossuficiência econômica advindo da "impossibilidade de pagar pelos serviços de valor agregado que permitem o acesso à internet, sem mencionar os que não conseguem adquirir os equipamentos necessários a tal fim" (Rodrigues Júnior; Toledo, 2022, p.2).

Interessante observar que não só barreiras econômicas são as raízes da exclusão digital, como já observado na parte introdutória. Segundo a House of Lords, a exclusão digital é influenciada por vários fatores interrelacionados (2023). Primeiramente, tais fatores são: a acessibilidade, a já citada barreira econômica, a dificuldade para pagar pacotes de Internet ou dispositivos adequados, resultando na ausência desses recursos ou em dificuldade em mantê-los (House of Lords, 2023).

Vejamos também que, em segundo lugar, a dificuldade de acesso advém à falta de uma conexão adequada à Internet em casa ou em outros locais, devido a diversos motivos além da acessibilidade (House of Lords, 2023). No Brasil, barreiras geográficas podem servir como exemplo para a falta de conexão. Um estudo recente de 2024, realizado pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) (2024), identificou deficiências significativas no acesso à Internet nas regiões Norte e Nordeste, onde apenas 11% e 10% da população, respectivamente, possuem conectividade significativa, em contraste com a média nacional de 33%. Observa-se que, por outro lado, as regiões Sul e Sudeste apresentam melhores condições, com 27% e 31% da população conectada, respectivamente (CETIC.br/NIC.br, 2024).

Ainda segundo o estudo, a área e o porte do município de residência também demonstram uma forte correlação com o nível de conectividade significativa. Cidades maiores tendem a ter melhor desempenho (CETIC.br/NIC.br, 2024). Em municípios com até 50 mil habitantes, 44% da população está na pior faixa de conectividade. Em cidades com mais de 500 mil habitantes, essa proporção negativa reduz-se quase pela metade, para 24%. Além disso, enquanto 30% dos habitantes de áreas urbanas estão na faixa de pior conectividade, 54% da população em zonas rurais se encontra nessa condição (CETIC.br/NIC.br, 2024).

Nota-se que, além da acessibilidade e do acesso, ainda se tem como fomento à exclusão digital a falta de habilidade para o uso das

tecnologias. Ou seja, a habilidade abrange aqueles que não possuem as competências digitais e/ou a confiança para navegar com segurança e conhecimento no ambiente on-line, decorrentes de uma interação complexa de fatores, incluindo idade, status socioeconômico, nível educacional, alfabetização. Ou seja, a falta de habilidade pode assumir diferentes formas, variar em graus e flutuar conforme as circunstâncias da vida. (House of Lords, 2023)

Desta maneira, chega-se ao âmago da problemática em voga, pois, hodiernamente, salta-se aos olhos a importância de meios digitais para diversos segmentos da vida em sociedade, e a atuação estatal também se utiliza desta forma de prestar serviços por meios digitais. Cita-se aqui, o Gov.br, como um ótimo exemplo de como o Estado brasileiro centralizou diversos de seus serviços em uma só plataforma, alguns destes serviços, seriam também ofertados como forma de efetivar direitos constitucionalmente consagrados. Esta plataforma, é, portanto, uma estratégia governamental de abranger cada vez mais cidadãos com um menor custo utilizando-se da tecnologia disponível para tal.

Entende-se, portanto, que o Gov.br é uma forma de governo eletrônico, esta forma foi definida da seguinte forma por Viana:

> "No seu sentido mais restrito, o governo eletrônico reside no uso das Tecnologias da Informação – TICS pelos governos. Em uma perspectiva mais ampla, governo eletrônico pode ser definido como o uso de tecnologias da informação – TICS para: i) garantir acesso e entrega por parte do governo aos indivíduos de informações e uso de serviços; ii) possibilitar e implementar eficiência mediante a aplicação destes serviços no âmbito do governo; iii) cobrir larga escala de serviços; iv) transformar governos" (2021).

Nesse sentido, quando refletimos sobre os diversos domínios oferecidos ao brasileiro pela plataforma Gov.br, interpreta-se que

estamos diante de uma plataforma que vai do Governo para o cidadão, ou seja, *Government to Citizen/Consumer,* (governo-a-cidadão) (G2C), que em resumo se trata das iniciativas desenvolvidas para promover a interação das pessoas com a Administração Pública, enquanto consumidores e cidadãos (Viana, 2021).

Para Pierre Lévy (1999), filósofo francês, "toda nova tecnologia cria seus excluídos". Tal assertiva, pode ser muito bem compreendida sob um olhar atento perante as mudanças na sociedade brasileira, principalmente quando discutimos a instrumentalidade de direitos fundamentais por meio de políticas públicas efetivadas para a população de forma online. Em um país como o Brasil, no qual, as desigualdades sociais são intensas e marcantes, exigir que parcela da população tenha acesso significativo, e efetivo, à internet, principalmente sem uma intensificação das políticas públicas, é bastante utópico.

Dessa forma, fornecer serviços que visem efetivar direitos fundamentais somente de forma online, seria uma afronta à igualdade pregada pela Constituição Federal de 1988. Observa-se que o princípio da igualdade, ou, princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, da CF/88 diz que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (..)" (Brasil, 1988). Não obstante, da mesma maneira, na Alemanha, segundo Lorenz, "as pessoas que não usam a internet possuem direitos e devem ser reconhecidas em situação de igualdade em relação às quais são incluídas digitalmente" (apud Rodrigues Jr e Claúdia Toledo 2022, p. 215). Na doutrina germânica, encontra-se o fundamento jurídico para tal afirmação, no direito geral da personalidade (art. 2º, apartado 1, da Lei Fundamental de 1949, LF/1949) e no princípio da igualdade (art. 3º, apartado 1, LF/1949) (Rodrigues Júnior; Toledo, 2022, p.3).

Neste viés, de forma a proporcionar uma estratégia de promoção da igualdade, constitucionalizada pela Carta Magna, prega-se a coexistência do direito a ser analógico com os sistemas de governança eletrônica que não abarcam toda a população. Comprova-se esta última afirmação através de dados estatísticos para a reflexão. Vejamos, segundo os dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia

e Estatística (IBGE, 2020), referentes ao ano de 2018, constata-se que aproximadamente 74,7% da população com mais de dez anos de idade utilizava a internet. Entretanto, um terço da população brasileira encontra-se desprovida do acesso a essa ferramenta, evidenciando-se, dessa forma, a existência de um claro fosso social (IBGE, 2020).

Em relação aos indivíduos com mais de sessenta anos de idade, apenas 25% faziam uso da internet. Dos que não usufruem dos recursos da rede, 41,6% alegaram desconhecimento no manuseio da internet como principal motivo, enquanto 17,5% apontaram o custo do acesso como impeditivo. Em um estudo anterior conduzido pelo mesmo Instituto (Brasil, 2018), constatou-se que apenas 11,4% dos indivíduos sem escolaridade possuíam acesso à internet, ao passo que esse percentual aumentou para 50,5% entre aqueles com ensino fundamental incompleto. No segmento da população desocupada, a exclusão digital atinge metade dos brasileiros, com 56,8% desse contingente desfrutando do acesso à internet (Brasil, 2018).

Voltamos, portanto, à afirmação de Pierre Lévy (1999), acerca do nascimento da exclusão diante da tecnologia, consequente, tal óbice ainda é válida, mas, no Brasil, poderíamos dizer que a tecnologia apenas ampliou uma desigualdade já existente. Para além de tal assertiva, destaca-se que essa exclusão e a sua incisão na garantia de direitos fundamentais positivados constitucionalmente ficou muito notável na pandemia do COVID-19. Nesse contexto, testemunhamos uma ruptura radical do paradigma analógico-digital, em que as atividades que anteriormente ocorriam predominantemente de maneira presencial tiveram de ser transferidas para o ambiente online de forma abrupta e abrangente.

Diante dessas constatações, verifica-se que nesta parcela vulnerável da população há um número considerável de pessoas que enfrentam dificuldades no manuseio da tecnologia, o que resulta em obstáculos no acesso a benefícios essenciais, como no caso da Pandemia, o auxílio emergencial. Veja, o auxílio emergencial foi implantado no Brasil como forma de garantir o mínimo existencial

para parte da população, a qual se encontrava em condição de vulnerabilidade em meio a pandemia.

Tal auxílio é advindo do Decreto n. 10.316, de 7 de abril de 2020, regulamenta a Lei nº. 13.982, de 2 de abril de 2020, "que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus" (Brasil, 2020). No artigo 2º da referida norma, pode-se notar a existência de um rol que determina público-alvo da política pública, sendo estes entes da sociedade que possivelmente seriam os mais atingidos pelo estado de calamidade pública decorrente do isolamento social, observa-se que este rol, é, portanto, composto pela parcela vulnerável da população.

Não obstante, no artigo 5º, II do decreto em questão determina-se que o acesso ao benefício depende do preenchimento de formulário disponibilizado na "plataforma digital" (BRASIL, 2020). Essa disponibilização nos faz observar que quanto mais se acumulam os avanços tecnológicos, ampliam-se as formas de concretização de um direito fundamental específico. Isso não significa, no entanto, uma expansão igualitária do acesso. Na situação fática, o auxílio era recebido através do aplicativo da *CAIXA*, e na época em questão, houve diversas reclamações em relação à dificuldade de utilização efetiva dos recursos disponíveis do aplicativo da *CAIXA*, bem como reclamações acerca da sua funcionalidade.

Veja-se que no caso, utilizado como exemplo, o Governo proporcionou à população recursos que visariam garantir o mínimo existencial durante a pandemia, contudo, muitas dessas pessoas que receberam o auxílio não conseguiam fazer o uso efetivo do mesmo por não dominarem as ferramentas usadas para tal, neste caso, o aplicativo. Entendemos, aqui, durante a pandemia de COVID-19, foi necessário utilizar meios digitais para garantir à população o acesso a direitos sociais, como a saúde e o mínimo existencial. No entanto, aqueles sem conhecimento prévio sobre como usar os aplicativos continuaram em uma situação de hipervulnerabilidade.

Outra situação em que um direito fundamental é ofertado apenas de forma online é a inscrição para o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). O exame é a principal forma de entrada de estudantes nas universidades públicas do Brasil e é utilizado por algumas instituições particulares. Vejamos que, a inscrição para o ENEM é realizada exclusivamente pela internet, através do site oficial do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Isso pode ser um obstáculo significativo para aqueles que não possuem acesso à internet, restringindo seu direito à educação e à igualdade de oportunidades.

Abordando um aspecto mais contemporâneo, além da exemplificação durante a Pandemia, em Porto Alegre/ RS, em 2023, a prefeitura municipal adotou a emissão exclusiva da guia de pagamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) no formato digital. No entanto, para o ano de 2024, a prefeitura reconsiderou essa decisão. Através da Instrução Normativa nº. 019/2023 da Secretaria Municipal da Fazenda, foi permitido que os contribuintes idosos recebessem a guia de IPTU impressa, enviada pelos Correios para o endereço cadastrado como endereço para correspondência no cadastro fiscal do imóvel. (Baltazar, 2024). Veja que, diante de uma interpretação sistêmica, a Prefeitura de Porto Alegre reconheceu que havia uma necessidade/direito à preservação de meios tradicionais de prestação do serviço público àqueles que, porventura, seriam desprovidos de instrumentos digitais ou das habilidades necessárias (Baltazar, 2024).

Neste segmento, é também importante inserir o significado de conectividade significativa, o usuário para além de possuir meios para se conectar, ele também precisa de ter habilidade necessária para tal. Conectividade significativa refere-se a um nível de acesso à internet que permite ao usuário realizar uma ampla gama de atividades online de maneira eficaz e eficiente. Isso inclui não apenas a capacidade de se conectar à internet, mas também a qualidade dessa conexão em termos de velocidade, estabilidade e disponibilidade. A conectividade significativa vai além do simples acesso e envolve a capacidade de usar

a internet de forma plena para atividades como educação, trabalho, comunicação, entretenimento e acesso a serviços essenciais.

Em contraponto com o significado de conectividade significativa, é importante ressaltar que a maior parte dos usuários de internet no Brasil (62%) acessa a rede exclusivamente por meio de dispositivos móveis, totalizando mais de 92 milhões de indivíduos. Essa constatação é resultado da pesquisa TIC Domicílios 2022, conduzida pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) e lançada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). Ademais, observa-se que o acesso à internet apenas por meio de smartphones prevalece entre mulheres (64%), pessoas pretas (63%) e pardas (67%), e indivíduos pertencentes às classes sociais DE (84%).

Diante destes dados, justifica-se assim a importância desta pesquisa, pois observamos que embora o Brasil apresente um alto índice de conectividade, a mesma não é significativa. Não obstante, deixa-se também para corroborar tal afirmação a reflexão de Sérgio Silveira:

> [...] o mercado capitalista não incluiu todos os indivíduos na sociedade dos alfabetizados. Há poucos indícios de que o mercado hipercapitalista, fundamentalmente digital, será capaz de incluir as pessoas na sociedade informacional. Mesmo com a queda dos preços dos produtos informacionais, com o avanço da internet móvel via aparelhos celulares, com a venda de computadores ultrapassando, pela primeira vez, a venda de televisores no Brasil, as desigualdades socioeconômicas são um gigantesco entrave para o exercício do direito humano básico à comunicação na era digital (2008).

Deste trecho pode se concluir que apesar do avanço digital, o mercado capitalista não conseguiu incluir todos na sociedade da informação. Mesmo com a queda de preços de produtos digitais e o

aumento da acessibilidade digital, as desigualdades socioeconômicas continuam a ser um grande obstáculo para o pleno exercício do direito à comunicação na era digital.

Em um país tão diverso como o Brasil, onde a infraestrutura digital ainda não alcança toda a população, é essencial manter postos de atendimento presencial, linhas de telefone dedicadas a este fim e a distribuição de informações por meio de mídias tradicionais, como rádio e televisão, ou seja, meios analógicos de promoção de políticas públicas. Defende-se aqui que a manutenção de postos de atendimento presencial é crucial para aqueles que preferem ou precisam de interação pessoal ao lidar com questões governamentais, ao passo que, esses locais não apenas fornecem suporte direto, mas também garantem que indivíduos sem acesso digital, ou que possuem dificuldades para tal, possam continuar a acessar serviços essenciais, como saúde e educação, de maneira eficaz.

Além de promover a inclusão social e a igualdade de acesso aos direitos básicos, esses serviços, ofertados em postos presenciais, são particularmente valiosos para grupos vulneráveis, como idosos e pessoas com deficiência, que podem enfrentar barreiras tecnológicas significativas. Assim, através desses canais analógicos, é possível oferecer suporte e informação de forma acessível

Com a automação e o uso das tecnologias como a inteligência artificial, a tendência é que os cidadãos necessitam de habilidades e competências específicas e um mínimo de estrutura, como o acesso à internet, sob pena de serem excluídos. E sob esta perspectiva que aqui se defende a propagação dos meios analógicos de efetivação de direitos fundamentais, até que toda a população consiga garanti-los, também, por meio das plataformas digitais dos Governos.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, cabe aqui concluir que a digitalização dos serviços estatais, embora traga inúmeras vantagens em termos

de eficiência e acessibilidade, também apresenta um desafio significativo: a exclusão digital. No Brasil, como aqui exposto, uma parte considerável da população ainda não possui os recursos necessários para se conectar à internet e, consequentemente, não pode usufruir plenamente dos direitos e serviços garantidos pelo Estado. Essa desigualdade digital impede que muitos brasileiros exerçam sua cidadania de forma completa e eficaz.

Para mitigar esse problema, é essencial que o Estado reconheça e aborde as disparidades no acesso à tecnologia. Como exposto, isso inclui não apenas a expansão da infraestrutura de internet para áreas remotas e carentes, mas também a disponibilização da educação digital para aqueles em situação de vulnerabilidade. Entendemos que a alfabetização digital é uma barreira tanto para o Estado quanto para o indivíduo que não tenha contato diário com ferramentas digitais, o que aqui se trabalha, seria a possibilidade de uma ampliação dos programas do Estado que capacitem cidadãos a utilizar as tecnologias de informação e comunicação de maneira eficaz e segura, como cursos básicos de informática.

Somente com um esforço coordenado, feito pelos entes Estatais, para reduzir a exclusão digital poder-se-á garantir que todos os cidadãos, que optarem por esta faculdade, tenham as mesmas oportunidades de acessar os serviços e direitos oferecidos digitalmente, bem como, de saber da existência dos mesmos por meio de políticas que incluam também outros meios de divulgação, não só a Internet.

Além disso, neste artigo defendemos que o Estado deve continuar a fornecer serviços essenciais por meios analógicos, garantindo que todos, independentemente de sua conectividade digital, possam exercer seus direitos e acessar os serviços necessários. Isso inclui a manutenção de postos de atendimento presencial, linhas de telefone dedicadas e a distribuição de informações por meio de mídia tradicional, como rádio e televisão. A diversidade de canais de comunicação e prestação de serviços é fundamental para alcançar a equidade no acesso à direitos fundamentais.

De tal maneira, a equidade no acesso à Internet também é um desafio ao poder público. Existe no ordenamento jurídico brasileiro, um esforço para que a Internet seja disponibilizada a todos os cidadãos. Além das propostas de emenda, o Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014) já reconhece o direito de acesso à internet como essencial para o exercício da cidadania. Salienta-se também que a legislação determina ao Estado o dever de promover a educação e a inclusão digital, conforme os artigos 26 e 27.

Referente a esta positivada obrigação Estatal, acredita-se aqui que a ampliação de uma agenda governamental focada na inclusão digital seria essencial para a minimização dos impactos à população vulnerável, os quais foram aqui discutidos. Em última análise, a transição para um ambiente digital deve ser acompanhada de uma estratégia inclusiva que contemple as necessidades de toda a população. O Estado tem a responsabilidade de assegurar que a digitalização não resulte em uma nova forma de exclusão social, mas sim em uma oportunidade para promover a inclusão e a equidade. Buscando, portanto, a construção de uma sociedade onde todos os cidadãos tenham a capacidade de exercer plenamente sua cidadania, seja no mundo digital ou analógico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Comissão aprova programa de inclusão digital para população idosa com recursos do Fust.** 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1006797-comissao-aprova-programa-de-inclusao-digital-para-populacao-idosa-com-recursos-do-fust/#:~:text=A%20Comiss%C3%A3o%20de%20Defesa%20dos,Servi%C3%A7os%20de%20Telecomunica%C3%A7%C3%B5es%20(Fust)>. Acesso em: 10 jun. 2024.

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza; GÓES, Luma Laura; MOURA, Thobias Prado. Vigilância e monitoramento na sociedade da informação: contribuições do constitucionalismo digital para a governança da internet. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 365-404, jul./dez. 2023.

BACCIOTTI, Karina Joelma. **Direitos humanos e novas tecnologias da informação e comunicação: o acesso à internet como direito humano.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: https://tede.pucsp.br/handle/handle/6578. Acesso em: 02 jul 2024.

BALTAZAR, Alan Jece. **A prestação de serviços digitais na atividade notarial como desafio para a essencialidade da atuação do agente público**. 2024. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2024. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/11167/2/ALAN_JECE_BALTAZAR_TES.pdf. Acesso em: 08 de jun de 2024.

BRASIL. **Decreto nº. 10.316, de 7 de abril de 2020**. Dispõe sobre a inclusão de famílias no Programa Bolsa Família e sobre o pagamento do auxílio emergencial. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 7 abr. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.

br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm. Acesso em: 23 maio 2024.

BRASIL. **Lei 12.965 de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 21 maio 2024.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura.** 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br). (2022). **TIC Domicílios 2022.** Retrieved from https://cetic.br/pesquisa/domicilios/indicadores/. Acesso em: 21 maio 2024.

Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). (2022). **Pesquisa sobre o uso da Internet no Brasil: TIC Domicílios 2022.** Retrieved from https://cetic.br/pesquisa/domicilios/indicadores/. Acesso em: 21 maio 2024.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Perto da universalização do acesso à internet, Brasil ainda tem maioria da população com baixa conectividade significativa, revela novo estudo.** Disponível em: https://www.cg.org.br/noticia/releases/perto-da-universalizacao-do-acesso-a-internet-brasil-ainda-tem-maioria-da-populacao-com-baixa-conectividade-significativa-revela-novo-estudo/. Acesso em: 28 maio 2024.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Da mera inclusão à necessária educação digital: tecnologia e direitos humanos como vetores da efetiva cibercidadania. *In*: ALVES GUIMARÃES, J. A. S.; ALVES, R.

V. S. (org). **Os direitos humanos e a ética na era da inteligência artificial.** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

FALEIROS JR., José Luiz de Moura. Governo eletrônico, de performance e digital: qual é o melhor arquétipo conceitual para a Administração Pública do século XXI? **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 34, n. 35, p. 38-57, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIL, A.C. **Métodos e técnicas de pesquisa socia**l. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1994. 207 p.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O acesso à internet como direito fundamental.** 2007. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ivar_hartmann.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2024.

HOUSE OF LORDS. **Communications and Digital Committee.** (2023). 3rd Report of Session 2022–23. [HL Paper 219].

INEP. **Inscrição no ENEM.** Disponível em: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/enem. Acesso em: 10 jun. 2024.

JOANGUETE, Celestino; TSANDZANA, Dércio. **Cidadania Digital: explorando oportunidades e enfrentando desafios.** Maputo-Moçambique: Ethale publishing, 2023.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

SARLET, Ingo, SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. O direito humano e fundamental de acesso à internet. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/

direitos-fundamentais-direito-humano-fundamental-acesso-internet/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

SOUSA, Francisco Cavalcante de. Infraestrutura digital e acesso à internet nas escolas: tentativas de universalização. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-20/direito-digital-infraestrutura-digital-eacesso-internet-escolas-tentativas-universalizacao/>. Acesso em: 10 jun 2024.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Las generaciones de derechos humanos", in: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 10, sept./dic. 1991.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz; TOLEDO, Claudia Mansani Queda de. Direito fundamental a uma vida analógica? Um debate entre o direito civil e o direito constitucional a partir da hipótese de Lorenz. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 16, n. 50, p.213-236, jul./dez. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. As assim chamadas dimensões dos direitos fundamentais e a contribuição de Paulo Bonavides. In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (org.). **Democracia e direitos fundamentais.** Grupo GEN, 2016.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. **A Noção de Exclusão Digital diante das Exigências de uma Cibercidadania**. In: HETKOWSKI, Tânia Maria (org.). Políticas Públicas & Inclusão Digital. Salvador:EDUFBA, 2008.

UNESCO. **O caminho para a educação digital.** 26 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.buenosaires.iiep.unesco.org/pt/portal/o-caminho-para-educacao-digital>. Acesso em: 25 jun 2024.

UNITED NATIONS. (2023, 17 Jan.). **Global Digital Compact: Background Note.** USA: UN. Disponível em: <https://www.un.org/

techenvoy/sites/www.un.org.techenvoy/files/Global-Digital-Compact_background-note.pdf>. Acesso em: 06 abr 2024.

UNITED NATIONS. **Road map for digital cooperation: implementation of the recommendations of the High-level Panel on Digital Cooperation: Report of the Secretary-General.** Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3864685?v=pdf>. Acesso em 05 abr 2024.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet.** A/HRC/20/L.13. 29 de junho de 2012. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g12/147/10/pdf/g1214710.pdf?token=qyRyGJugBytk7sqjvH&fe=true>. Acesso em: 25 jun 2024.

UNITED KINGDOM. Parliament. House of Commons. Treasury Committee. **Ensuring access to UK financial services for all.** London: House of Commons, 2023. Disponível em: https://committees.parliament.uk/publications/40662/documents/198365/default/. Acesso em: 28 maio 2024.

VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 115-136, ene. /jun. 2021. DOI 10.14409/redoeda.v8i1.103303.

WOLKMER, Antonio Carlos, "Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos", in: WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org.), **Os "Novos" Direitos no Brasil. Natureza e Perspectivas – Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DISCRIMINAÇÃO EM TEMPOS DOS IRREFREÁVEIS AVANÇOS DA NEUROTECNOLOGIA

DISCRIMINATION IN TIMES OF UNSTOPPABLE ADVANCES IN NEUROTECHNOLOGY

Ana Maria D'Ávila Lopes[147]

Resumo: Os avanços da Neurotecnologia vêm desafiando juristas na tarefa de construir uma regulação jurídica capaz de harmonizar o desenvolvimento tecno-científico com o respeito aos direitos humanos. Não há dúvida dos benefícios trazidos pelas neurotecnologias, mas também é inquestionável sua potencialidade para colocar em risco a dignidade humana. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho foi demonstrar a urgente necessidade de regular os avanços da Neurotecnologia, dada sua potencialidade para atentar contra os direitos fundamentais. Para tal, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental na doutrina e legislação nacional e internacional, cujos dados foram analisados pelos métodos dedutivo e indutivo, respectivamente. No final, concluiu-se que a complexidade da temática e a rapidez e constante desenvolvimento de novas neurotecnologias conspiram contra a elaboração de uma legislação geral sobre o assunto, sendo, mais prudente e realista, a regulação sobre cada uma das situações concretas, de modo a permitir uma melhor aproximação a cada problemática.

Palavras-chave: Neurotecnologia; Neurodireito; Neurodireitos; Neurociência; Discriminação.

Abstract: Advances in neurotechnology have challenged jurists in the task of constructing legal regulations capable of harmonizing

147 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/2032979328162000.

technological and scientific development with respect for human rights. There is no doubt about the benefits brought by neurotechnology, but their potential to put human dignity at risk is also unquestionable. In this context, the objective of this paper was to demonstrate the urgent need to regulate advances in neurotechnology, given its potential to violate fundamental rights. To this end, bibliographic and documentary research was carried out in national and international doctrine and legislation, and the data were analyzed using deductive and inductive methods, respectively. In the end, it was concluded that the complexity of the subject and the rapid and constant development of new neurotechnologies conspire against the development of general legislation on the subject. It would be more prudent and realistic to regulate each specific situation, in order to allow a better approach to each problem.

Keywords: Neurotechnology; Neurolaw; Neurorights; Neuroscience; Discrimination.

1 INTRODUÇÃO

Em 31 de janeiro de 2024, Elon Musk, fundador e proprietário da Neuralink, empresa norte-americana de Neurotecnologia, anunciou publicamente o pioneirismo de ter implantado um chip no cérebro de um ser humano. O chip, chamado Telepatia, tem a capacidade de processar as ondas cerebrais, que são posteriormente decodificadas por meio de um aplicativo da Neuralink, permitindo que pessoas com limitações motoras possam acionar aparelhos eletrônicos com apenas o pensamento. As mais recentes notícias, do 28 de março de 2024, relatam que Noland Arbaugh, homem tetraplégico de 29 anos, impossibilitado de movimentar qualquer parte do corpo abaixo dos ombros, conseguiu jogar eletronicamente Xadrez e Mario Kart com apenas o pensamento, graças a ter um chip da Neuralink implantado no seu cérebro. Trata-se, sem dúvida, de uma grande conquista científica com inúmeras aplicações, que podem melhorar a qualidade

de vida de pessoas com problemas motores. Mas, é só o começo. Elon Musk já avisou que seu chip terá outras funcionalidades, a exemplo de melhorar a capacidade auditiva e visual das pessoas com deficiências neurossensoriais, bem como de memória, como no caso dos pacientes com Alzheimer. Os benefícios são inúmeros, mas os riscos também. As neurotecnologias têm a potencialidade de alterar a integridade cognitiva, invadir a privacidade mental e modificar a identidade pessoal. Todavia, são avanços cuja disponibilidade não estará ao alcance de todos devido aos seus altos custos, agravando a desigualdade. Diante desses problemas, pesquisadores como Ienca, Adorno e Yuste, têm formulado novos direitos visando proteger a dignidade humana. Organizações internacionais, como a OCDE, OEA e UNESCO, já têm aprovado documentos com princípios para embasar e limitar eticamente as neurotecnologias. Estados, como o chileno e o brasileiro, já têm alterado suas constituições ou estão em processo de fazê-lo para salvaguardar os direitos dos seus cidadãos. Nesse contexto, nosso trabalho objetiva demonstrar a urgente necessidade de regular os avanços da Neurotecnologia, dada sua potencialidade para atentar contra os direitos fundamentais. Nesse sentido, temas como os aspectos teórico-conceituais da Neurotecnologia são abordados, além de serem apontados os riscos concretos que dela decorrem. Serão ainda discutidas as críticas levantadas pelos bioconservadoristas em relação ao caráter eugênico das promessas de melhoramento do ser humano, defendidas por pesquisadores transumanistas, que entendem que as neurotecnologias devem ser utilizadas não apenas com fins terapêuticos, mas também de aprimoramento da espécie humana, o que poderia dar lugar a novas formas de discriminação. No final, os documentos jurídicos internacionais já aprovados são analisados, buscando identificar suas contribuições, mas também suas deficiências, de modo a contribuir para seu aperfeiçoamento e posterior implementação no Direito brasileiro.

2 A NEUROTECNOLOGIA E SEUS IMPACTOS NOS NEURODIREITOS

A Neurociência, definida como o estudo da estrutura e funcionamento do sistema nervoso com o objetivo de diagnosticar e tratar seus problemas, alcançou um notável impulso com o desenvolvimento da ressonância magnética funcional, no final do século XX, na medida em que passou a permitir a obtenção de imagens da atividade cerebral, facilitando a compreensão do seu funcionamento e, consequentemente, identificação e tratamento de eventuais processos patológicos.

Esse impulso que a Neurociência recebeu graças à ressonância magnética funcional alcançou, já no presente século, um novo patamar com Inteligência Artificial, ao viabilizar uma leitura mais rápida e precisa das imagens.

São avanços que, pela sua vez, têm impactado também no desenvolvimento da Neurotecnologia, definida como "o conjunto de dispositivos e procedimentos que conectam diretamente a tecnologia ao sistema nervoso, seja por meio de eletrodos, computadores, implantes ou próteses inteligentes, com fins terapêuticos e não terapêuticos" (Lopes; Santos, 2024, p. 113). Esse tipo de tecnologia permite traduzir os sinais do cérebro em comandos de controle técnico, sendo também capaz de intervir, alterar e manipular a atividade cerebral mediante a aplicação de estímulos elétricos ou ópticos (Muller; Rotter, 2017).

Não há dúvida dos benefícios que esses avanços trazem para a humanidade, entretanto, deve-se também atentar para seus riscos, haja vista a potencialidade das neurotecnologias de invadir, alterar e manipular a estrutura e a atividade cerebral.

Trata-se de uma nova realidade que vem mobilizando a comunidade científica internacional, preocupada pela potencialidade dos seus impactos negativos, a rapidez do seu desenvolvimento e a ausência de regulação jurídica adequada para proteger a dignidade humana, deflagrado um novo campo de estudo, denominado Neurodireito:

> *Neuroscience and the law intersect on many levels and on various different issues. This is not surprising. While neuroscience studies the brain processes that underlie human behavior, legal systems are quintessentially concerned with the regulation of human behavior* (Ienca; Adorno, 2017).

Ienca e Adorno (2017) tem, inclusive, formulado quatro novos direitos, denominados neurodireitos:

a) direito à liberdade cognitiva: protege contra a perda da autonomia na tomada de decisões;

b) direito à privacidade mental: protege contra o acesso não autorizado aos neurodados ou a sua comercialização;

c) direito à integridade mental: protege contra a alteração da estrutura e funcionamento do cérebro, bem como dos neurodados: e,

d) direito à continuidade psicológica protege contra intervenções que possam manipular o comportamento humano.

Nessa linha, dois anos depois, o centro de pesquisa *Neurorights Initiative*, fundado e dirigido pelo neurobiologista Rafael Yuste, professor da *Columbia University*, propôs cinco novos direitos (*Neurorights Initiative*, 2019):

a) direito à identidade pessoal: protege contra o uso de neurotecnologias que possam alterar a identidade dos indivíduos;

b) direito ao livre arbítrio: salvaguarda a liberdade de agir;

c) direito à privacidade mental: protege contra a invasão dos neurodados;

d) direito ao acesso equitativo: salvaguarda o acesso igualitário de todas as pessoas às neurotecnologias; e,

e) direito à proteção contra preconceitos algorítmicos: protege contra discriminações derivadas dos vieses presentes nos algoritmos.

Não há ainda consenso doutrinário sobre quais deveriam ser os neurodireitos nem sobre a possibilidade de serem considerados uma nova forma de direitos humanos, conforme proposto por Yuste et al.

(2017), que defende a necessidade da aprovação de um novo tratado internacional com caráter vinculante,

> *We recommend adding clauses protecting such rights ('neurorights') to international treaties, such as the 1948 Universal Declaration of Human Rights. However, this might not be enough — international declarations and laws are just agreements between states, and even the Universal Declaration is not legally binding. Thus, we advocate the creation of an international convention to define prohibited actions related to neurotechnology and machine intelligence, similar to the prohibitions listed in the 2010 International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. An associated United Nations working group could review the compliance of signatory states, and recommend sanctions when needed.*

Para Borbón et al. (2020) ainda é muito prematuro para definir quais seriam os neurodireitos, considerando que alguns dos propostos, como o livre arbítrio proposto por Yuste, precisam de um maior desenvolvimento conceitual.

Contrariando essa perspectiva, diferentes organismos internacionais, como a Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), têm já aprovado documentos, embora sem caráter vinculante, no intuito de estabelecer parâmetros ético-jurídicos para o uso das neurotecnologias de forma responsável e respeitosa dos direitos humanos.

Essas iniciativas são também uma resposta aos debates que, no plano filosófico, se vêm travando entre transumanistas e bioconservadoristas, no sentido de aceitar ou não o uso das neurotecnologias não apenas para fins terapêuticos, mas também para o melhoramento da espécie humana, o que vem sendo duramente criticado pelos pensadores transumanistas, que consideram ser

uma proposta de caráter eugênico e com potencialidade de alterar irreparavelmente a própria natureza humana, com consequências imprevisíveis para a humanidade, conforme exposto no seguinte tópico.

3 TRANSUMANISTAS VS. BIOCONSERVADORISTAS: O AGRAVAMENTO DA DESIGUALDADE HUMANA

Villaroel (2015, p. 179) explica que a origem do termo "transumanismo" se encontra no artigo "*New bottles for a new wine*", escrito pelo biólogo Julian Huxley em 1957, no qual defendeu que o ser humano deveria utilizar a ciência e a tecnologia para "*melhor a si mesmo*", seja desde o ponto de vista genético, ambiental ou social.

Já para Romañach Cabrero (2016, p. 3), o significado atual de transumanismo foi forjado, nos anos 60, pelo futurólogo Fereidoun M. Esfandiary, que mudou legalmente seu nome para FM-2030 para representar melhor seu pensamento. Para Esfandiary, que faleceu em 2020 e foi a primeira pessoa cujo cadáver foi vitrificado para sua conservação (Datta, 2019), a década de 2030 será uma época de grande desenvolvimento tecnológico, inclusive com a possibilidade de ter sido encontrada a chave para a imortalidade humana, motivo pelo qual passou a utilizar a expressão transumanismo.

Transumanistas, como os filósofos Bostrom e Savulescu (2009) da University of Oxford, defendem que a natureza humana é uma obra em construção, na busca pelo constante aprimoramento das suas capacidades físicas e intelectuais, com possibilidades de vencer o envelhecimento e até a própria morte. Há muitos exemplos que mostram que esse ideal dos transumanistas vem hoje se tornando uma realidade:

> *[...] se podría constatar que algunas de las posibilidades de mejoramiento promovidas por los transhumanistas son ya una realidad entre nosotros; por ejemplo, todos*

> *los más recientes desarrollos en psicofarmacología, o la variada gama de medicamentos que aumentan el rendimiento físico de los deportistas; o los avances cada vez más sorprendentes en tecnologías de la información y en técnicas de ingeniería genética, actualmente en fase de desarrollo experimental. También se podrían considerar como ilustración de tal situación, por ejemplo, las incipientes aplicaciones de la biónica (artefactos mecánicos que se integran en el cuerpo humano; sin ir más lejos, piénsese en el caso tan mediático del atleta Oscar Pistorius), la curación de enfermedades desde el interior del propio cuerpo mediante el empleo de nanorobots y algunas otras experimentaciones semejantes actualmente en curso, como las referidas a procesos de suspensión vital como el de la crionización; o bien, los experimentos de realidad virtual enteramente inmersiva, así como muchas otras expresiones de desarrollos tecnocientíficos semejantes a estos (Villaroel, 2015, p. 180).*

São tecnologias que, para os transumanistas, devem estar ao alcance de todos, reconhecendo o direito de cada indivíduo de escolher qual usar ("liberdade morfológica"), incluindo o momento da procriação dos filhos ("liberdade reprodutiva") para ter a melhor descendência possível (Savulescu, 2012). Dessa maneira, o planeta estaria povoado por indivíduos pós-humanos, com boa saúde, maior longevidade e capacidade cognitiva superior, adquirindo, um novo status ontológico, o para Romañach Cabrero (2016, p. 8), seria, na verdade, uma forma de "eugenesia sutil".

Foi justamente o caráter eugênico desse tipo de pensamento que deflagrou o surgimento do Bioconservadorismo, que atualmente denuncia não apenas as propostas eugênicas do Transumanismo, mas também o uso da tecnologia para alterar a própria natureza humana.

Para Alijoscha C. Neubauer (2021) são vários os riscos, especialmente os decorrentes do aumento da capacidade cognitiva tanto no plano individual como no social:

a) No plano individual, o maior risco são os eventuais efeitos secundários da alteração do cérebro humano, os quais são hoje totalmente desconhecidos;

b) No plano social, aumentará a desigualdade entre os indivíduos não apenas porque não todos têm condições econômicas para ter acesso a essas tecnologias, mas também porque não todos podem ter interesse em usá-las.

Bioconservadores, como Habermas, Cortina, Fukuyama, e Annas, defendem a necessidade de colocar limites à tecnologia, de modo a evitar a degradação da natureza humana, pelos riscos de gerar não um "pós-humano", mas um "infra-humano" (Romañach Cabrero, 2016, p. 4). Não se trata de ser contra o avanço da ciência, mas de evitar o risco de desumanizar o ser humano, conforme alerta Habermas (2004).

Preocupam-se, também, com o fato dessas tecnologias não serem acessíveis por todos, mas somente por alguns, agravando criticamente a desigualdade, o que confirmaria que a biopolítica se instalou no ocidente moderno (Villaroel, 2012).

A pandemia da covid-19 mostrou que os avanços científicos, ainda em situações de extrema gravidade como uma pandemia, não chegam a todos com a mesma velocidade e qualidade. Na prática, a denominada "universalização" do acesso à saúde acostuma favorecer às classes sociais mais privilegiadas dos países mais economicamente desenvolvidos, aumentando as brechas de desigualdade entre os seres humanos e enriquecendo às empresas.

> Essa lógica do mercado é ainda mais evidente quando se observa como a pandemia tem escancarado e ampliado as brechas da desigualdade socioeconômica entre os diversos países e entre os cidadãos no interior dos mesmos. As disputas por medicamentos, equipamentos e atendimentos que aconteceram no auge da epidemia mostrou, por um lado, a incompetência dos governantes em garantir a

> igualdade entre seus cidadãos e, por outro, o poder das empresas (Lopes; Pereira; Marques, 2020, p. 45).

Para Diéguez (2020, p. 371) a discussão supera a simples polarização de posições contrárias sobre a imutabilidade ou não da natureza humana, para abordar aspectos mais cruciais em relação ao próprio conceito de dignidade humana:

> *Quizás suene extraño este argumento, pues parecería que la dignidad humana es algo que trasciende las cualidades biológicas del ser humano y debería tener, por tanto, cierta independencia de ellas; sin embargo, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UNESCO 1997), en su artículo primero, sostiene que "El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad".4 Por eso, para algunos bioconservadores (que, como se ha dicho, no están situados solo en la derecha política), modificar el genoma es poner potencialmente en peligro la dignidad de los seres humanos. Si comenzamos a manipular nuestro genoma, aunque sea solo en algunos individuos concretos, debilitamos las bases de la dignidad humana, que a su vez se establecen como bases de la moralidad y del derecho (Habermas 2002). No cabe excluir de antemano que pudiera haber en el futuro algo así como una dignidad poshumana (Bostrom 2005), pero en todo caso, la dignidad humana habría quedado menoscabada durante el proceso de transformación (Diéguez, 2020, p. 371).*

Não se trata, entretanto, de defender um paternalismo que desconsidera a autonomia humana, conforme alertam Inglese e Lavazza (2021), mas de levar em consideração que muitas pessoas

podem não estar conscientes dos riscos que o uso dessas tecnologias pode provocar.

> *It is not a question of introducing paternalistic prescriptions in the belief that people do not know how to choose what is best for them. Rather, in the face of increasingly powerful and invasive neurotechnologies, we may find ourselves in situations so new and remarkable that no one could really be aware of their consequences for one's identity and psychological continuity (Inglese; Lavazza, 2021, p. 5).*

Evidencia-se, assim, a urgente necessidade de uma legislação que, sem impedir o avanço da tecnociência, seja capaz de proteger os direitos humanos e, mais ainda, de proteger a própria natureza humana, cuja vulneração poderia descaracterizar o conceito da dignidade humana, princípio essencial em torno do qual gira o Direito.

4 INICIATIVAS INTERNACIONAIS E NACIONAIS DE REGULAÇÃO DA NEUROTECNOLOGIA

Os riscos para a dignidade humana decorrentes dos avanços da Neurotecnogia acenderam o alerta dos diversos organismos internacionais, preocupados com a proteção dos direitos humanos. Desse modo, muitos deles começaram a elaborar documentos com propostas de parâmetros ético-jurídicos para o direcionamento desses avanços. O primeiro deles foi a OCDE que, em 11 de dezembro de 2019, aprovou o documento intitulado "*Recommendation of the Council on Responsible Innovation in Neurotechnology"* com o objetivo de guiar governos e cientistas em relação aos aspectos éticos, legais e sociais decorrentes dos avanços Neurotecnologia, sem deixar, entretanto, de promover seu desenvolvimento (OCDE, 2019).

Desse modo, a OCDE, por meio do seu grupo de trabalho em biotecnologia, nanotecnologia e tecnologias convergentes (BNCT, em

inglês) definiu a Neurotecnologia como sendo o conjunto de "*devices e procedures used to access, monitor, investigate, assess, manipulate, and/or emulate the structure and function of the neural systems of natural persons*" (OCDE, 2019, p. 6), propondo os seguintes 9 princípios:

a. Promover a inovação responsável para enfrentar os desafios deflagrados pelos avanços Neurotecnologia no campo da saúde;
b. Priorizar a avaliação sobre a segurança do desenvolvimento e do uso da Neurotecnologia;
c. Fomentar a inclusão de todas as pessoas nos avanços decorrentes da Neurotecnologia direcionada à saúde;
d. Incentivar a colaboração científica das inovações da Neurotecnologia entre todos os países, setores e áreas de estudos;
e. Estimular a participação da sociedade nas deliberações;
f. Capacitar órgãos de supervisão e consultivos para tratar sobre as novas questões da Neurotecnologia;
g. Proteger dados cerebrais pessoais e outras informações obtidas por meio da Neurotecnologia;
h. Impulsionar uma cultura de administração e confiança nos setores público e privado;
i. Antecipar e monitorar o uso não intencional e/ou indevido da Neurotecnologia.

Meses depois, em 15 de dezembro de 2020, o Comitê Internacional de Bioética (IBC, em inglês) da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) publicou o primeiro rascunho sobre questões éticas da Neurotecnologia, intitulado em inglês "*Preliminary draft report of the IBC on ethical issues of neurotechnology*".

No parágrafo 1 desse documento, salienta-se que é com base na atividade cerebral, que se define quando alguém é considerado legalmente morto, além de ser a partir dessa atividade que derivam as noções de identidade humana, liberdade de pensamento, autonomia, privacidade e desenvolvimento humano.

No documento há também importantes definições, como no caso da Neurotecnologia:

> *6. neurotechnology is the field of devices and procedures used to access, monitor, investigate, assess, manipulate, and/or emulate the structure and function of the neural systems animals or human beings. these include: (i) technical and computational tools that measure and analyze chemical and electrical signals in the nervous system, be it the brain or nerves in the limbs. these may be used to identify the properties of nervous system activity, understand how the brain works, diagnose pathological conditions, or control external devices (neuro-prosthesis, 'brain machine interfaces'); and (ii) technical tools that interact with the nervous system to change its activity, for example to restore sensory input such as with cochlear implants to restore hearing or deep brain stimulation to stop tremor and treat other pathological conditions. they are meant to either record signals from the brain and 'translate' them into technical control commands, or to manipulate brain activity by applying electrical or optical stimuli (UNESCO, 2020, § 6).*

No parágrafo 13, afirma-se a importância de entender que toda essa tecnologia deve ser direcionada não apenas ao bem-estar individual, mas deve também produzir efeitos positivos para a comunidade e a sociedade.

A importância da dignidade humana, enquanto fundamento para salvaguardar a integridade do corpo e da mente, é afirmada no parágrafo 37: "*Having dignity means having a value to be recogni[s]ed, respected and protected from arbitrary alteration, modification, manipulation, which violates it and causes harm to the subject (who becomes an object)*" (UNESCO, 2020, § 37).

As diferentes formas em que os direitos humanos podem ser afetados pelos avanços da Neurotecnologia são expostas nos seguintes parágrafos, finalizando com as obrigações que não apenas

os Estado têm, mas também as entidades privadas, de harmonizar o desenvolvimento tecnológico com o respeito aos direitos humanos.

Nessa linha de preocupações, em 11 agosto de 2021, a OEA aprovou a "Declaração da Comissão Jurídica Interamericana sobre Neurociência, Neurotecnologias e Direitos Humanos: novos desafios jurídicos para as Américas", elaborada pela Comissão de Juristas da OEA (OEA, 2021).

Nesse documento são listadas 6 preocupações em torno do desenvolvimento da Neurociência e da Neurotecnologia, e seus impactos para os direitos humanos, cuja síntese se apresenta a continuação:

1) Condicionamento de personalidade e perda de autonomia, em virtude do uso indiscriminado e não regulamentado de aplicativos ou dispositivos tecnológicos, bem como do fato de que essas tecnologias podem decodificar informações neurais, sendo, portanto, suscetíveis de afetar a privacidade, a dignidade e a identidade dos seres humanos;

2) Intervenções legítimas na área da saúde, integridade física e mental, para o qual é necessário que se respeite o direito ao consentimento informado e ao sigilo médico. Reconhece-se, ainda, a dificuldade de determinar o que é doença, melhoria de defeitos ou inadequações, e aprimoramento cognitivo;

3) Privacidade mental e proteção de dados neurais, perante a obtenção de dados neurais pela Neurotecnologia, o que pode colocar em risco o direito à vida privada. Nesse sentido, os seres humanos devem ser protegidos contra condutas maliciosas daqueles que acessam dados da atividade cerebral para penetrar em sua mente, condicioná-la ou tirar proveito de tal conhecimento.

4) Igualdade de acesso e não discriminação, constituem princípios fundamentais do Sistema Interamericano que também são aplicáveis ao uso da Neurotecnologia. Desse modo, é necessário levar em consideração os impactos adversos e desproporcionais desses avanços em certos grupos humanos tradicionalmente desfavorecidos, na medida em que se pode aprofundar as desigualdades já existentes

5) Liberdade de expressão e acesso à informação pública, direitos que não podem estar sujeitos a limitações além das permitidas por lei. A Neurotecnologia, assim como as ferramentas de IA, devem ser inteligíveis para desenvolvedores, profissionais médicos, pacientes, usuários e reguladores. A proliferação de notícias falsas e especulações constituem uma séria barreira para o debate público informado.

6) Recomendações para os Estados, setor privado, academia e mundo científico. No caso dos Estados, são chamados a se antecipar e adotar as medidas necessárias para evitar os impactos negativos. Devem, também, promover ações de políticas públicas que gerem conscientização e educação, assim como devem estabelecer que o uso de tecnologias baseadas na interface cérebro-computador deve atender apenas a fins legítimos, vedando sua utilização para fins de controle social, vigilância em massa de cidadãos ou pontuação social (*social scoring*).

Já o setor privado deve desenvolver práticas compatíveis com os direitos humanos. Gerar compromissos, padrões e boas práticas e incorporar os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU (Princípios Ruggie).

No caso da academia, deve incorporar atividades que permitam compreender os impactos da Neurotecnologia, bem como seus alcances científicos, éticos e sociais, além de promover a análise e reflexão jurídica sobre esta matéria.

Finalmente, se faz um chamado ao mundo científico para que realize uma avaliação rigorosa dos riscos e dos benefícios dos avanços da Neurotecnologia, além da necessidade de promover instâncias de divulgação científica para grandes públicos.

Quase dois anos depois, em 9 de março de 2023, a OEA aprovou outro documento elaborado pela citada Comissão, a "Declaração de Princípios Interamericanos sobre Neurociências, Neurotecnologias e Direitos Humanos". Trata-se de uma importante iniciativa, porque revela a preocupação de elaborar um documento com diretrizes concretas para enfrentar as situações "*que se puedan plantear con los avances en neurociencia y el desarrollo de neurotecnologías que hacen*

posible intervenir en la actividad cerebral de las personas" (OEA, 2022, p. 2).

Nesse sentido, são elencados 10 princípios, elaborados com base nas normas vigentes de direitos humanos adaptadas ao campo da Neurotecnologia:

a) Princípio 1: Preservação da identidade, autonomia e privacidade da atividade neural

b) Princípio 2: Proteção dos direitos humanos ao longo de todo o processo das Neurotecnologias.

c) Princípio 3: Compreensão dos dados neurais como dados pessoais sensíveis

d) Princípio 4: Garantia do consentimento expresso e informado de dados neuronais nos tratamos da atividade neuronal.

e) Princípio 5: Promoção da Igualdade, Não Discriminação e Igualdade de Acesso às Neurotecnologias.

f) Princípio 6: Aplicação terapêutica exclusiva quanto ao aumento de capacidades cognitiva, evitando aumentar a desigualdade social

g) Princípio 7: Salvaguarda da integridade neurocognitiva

h) Princípio 8: Transparência e Governança das Neurotecnologias.

i) Princípio 9: Supervisão e fiscalização das Neurotecnologias

j) Princípio 10: Acesso à proteção efetiva e acesso a remédios associados ao desenvolvimento e uso de Neurotecnologias

Não é, entretanto, apenas a OEA que vem avançando no campo da regulação dos avanços da Neurotecnologia. A ONU também vem aprovando resoluções direcionadas a regular esse campo e outros convergentes.

Assim, em 19 de maio de 2021, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, aprovou o relatório do seu Comitê Consultivo, intitulado "*Impactos, oportunidades y retos que pueden entrañar las tecnologias digitales nuevas y emergentes en relación con la promoción y protección de los derechos humanos*", no qual, sem deixar de reconhecer os benefícios das tecnologias digitais, aponta 6 riscos que atentam contra os direitos humanos:

a) A perda de privacidade e a necessidade de proteger os dados pessoais como consequência da datificação

b) Cibersegurança e integridade

c) Qualidade e autenticidade da informação

d) Radicalização, segregação e discriminação

e) Desempoderamento e desigualdade

f) Vigilância massiva e regulação excessiva da Internet

Especificadamente sobre Neurotecnologia, em 12 de abril de 2022, o Conselho de Direitos Humanos da ONU publicou um relatório elaborado novamente por seu Comité Consultivo, no qual, no Anexo III que trata sobre as propostas de pesquisa, destaca a avaliação sobre os impactos da Neurotecnologia nos direitos humanos ("*Assessing the human rights impact of neurotechnology: towards the recognition of neurorights"*), reconhecendo a necessidade de uma reconceptualização dos direitos humanos

> *14. From a human rights perspective, developments in neurotechnology may require not only the reconceptualization of certain human rights in order to identify the applicable standards but also the recognition of a new generation of rights.7 The use of such technology today engages a number of human rights, such as the right to life and to physical or mental integrity, the right to privacy, the freedom of thought and opinion and the prohibition of torture and other inhuman or degrading treatment, among others. At the same time, the challenges posed by the technology may require the introduction of new rights – "neuro- rights" – to protect individual mental integrity and identity, such as the rights to cognitive freedom, to mental privacy, to mental integrity and to psychologic continuity 8.* (ONU, 2022b, Annex III - § 14)

Essa preocupação em relação aos impactos da Neurotecnologia nos direitos provocou que, durante a 51ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, realizada do 12 de setembro ao 7 de outubro do

presente ano, fosse aprovada, em 6 de outubro, a Resolução A/HRC/RES/51/3 sobre "*Neurotechnology and Human Rights*" (ONU, 2022a). Nesse documento, o Conselho requer que o Comitê Consultivo prepare um estudo acessível sobre

> *[....] the impact, opportunities and challenges of neurotechnology with regard to the promotion and protection of all human rights, including recommendations on how human rights opportunities, challenges and gaps arising from neurotechnology could be addressed by the Huma Rights Council and its special procedures and subsidiary bodies in a coherent, holistic, inclusive and action-oriented manner, and to present the study to the Council at its fifty-seventh session* (ONU, 2022a, § 1).

A elaboração desse estudo, que terá que incluir um texto de fácil compreensão, deverá envolver uma ampla participação da sociedade mundial, incluindo representantes dos Estados, de organizações internacionais, de instituições de direitos humanos, da sociedade civil, do setor privado e das instituições acadêmicas, tecnológicas e científicas.

Outra iniciativa relevante em âmbito global é a "Recomendação sobre a Ética da Neurotecnologia" da UNESCO (2024), preparada por um grupo de 24 especialistas *ad hoc*, que foi constituído por meio da Resolução 29 na Conferência Geral da UNESCO na sua 42ª sessão. O documento foi publicado em 9 de maio de 2024 e submetido a consulta multisetorial no mês de junho do mesmo ano.

Trata-se de um documento extenso, dividido em 7 partes: Preâmbulo; Definições e escopo de aplicação; Nossa abordagem; Valores, princípios e direitos; Áreas de Ação Política; Implementação; e, Promoção desta recomendação e disposições finais. Destaca-se pela sua preocupação com grupos em situação de vulnerabilidade, como crianças, pessoas idosas, mulheres e pessoas com deficiência

> *39. The use of neurotechnology in the care or assistance of vulnerable people across the entire lifespan of people in vulnerable situations, including but not limited to children, older persons, persons with physical and cognitive disabilities or the ill, should never objectify them, nor undermine their dignity, human rights or fundamental freedoms* (UNESCO, 2024, § 39)

Assim também, fixa deveres concretos dos Estados, especialmente no que se refere à proteção dos direitos humanos: "230. *Member States should establish clear prohibitions against the use of neurotechnology in contexts that violate individual and collective human rights* (UNESCO, 2024, § 229)", o que revela o reconhecimento das potencialidades das neurotecnologias de atingir a dignidade humana, embora a UNESCO tenha se optado por elaborar um documento sem caráter vinculante, restringindo sua real efetividade.

Já no âmbito das legislações nacionais, destaca-se o Estado chileno que, em 25 de outubro de 2021, tornou-se o primeiro país do mundo a ter em sua Constituição uma norma destinada a salvaguardar este tipo de direitos. Foi nesse dia que foi aprovada a Lei nº. 21.383 (Chile, 2021), por meio da qual incorporou, no artigo 19 da Constituição de 1980, uma norma para proteger a atividade cérebro frente ao desenvolvimento científico e tecnológico, estabelecendo que este tipo de atividade deve estar a serviço das pessoas, bem como deve respeitar sua vida e integridade física e mental. Também dispôs que uma lei regulará os requisitos, condições e restrições para o uso desses avanços, devendo salvaguardar especialmente a atividade cerebral, bem como as informações dela derivadas. Essa lei ainda se encontra tramitando no Congresso chileno.

No âmbito legislativo brasileiro, duas propostas encontram-se, atualmente, em tramitação. A primeira consiste no Projeto de Lei nº. 522/2022, de autoria do Deputado Federal Carlos Henrique Gaguim, apresentado em 9 de março de 2022, que visa a reforma da Lei nº. 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

que, dentre suas propostas, visa estabelecer os neurodados como dados sensíveis. A segunda iniciativa é a Proposta de Emenda Constitucional nº. 29 (PEC nº. 29/2023), proposta pelo Senador Randolfe Rodrigues em 13 de junho de 2023, que objetiva adicionar um novo inciso ao artigo 5º da Constituição Federal, assegurando o desenvolvimento científico e tecnológico com a garantia da integridade mental e da transparência algorítmica, de acordo com a legislação vigente.

Dessa análise, observa-se que, e sem negar o mérito de todas essas iniciativas, há ainda um longo percurso a ser recorrido para se ter uma legislação internacional e nacional, com caráter vinculante, capaz de proteger os direitos humanos diante dos avanços da Neurociência e da Neurotecnologia, o que provoca uma situação de grande preocupação, na medida em que, em se tratando da proteção da dignidade humana, toda demora é, em si mesma, uma grave violação que, na maioria das vezes, é irreparável e incompatível com qualquer Estado autodenominado democrático.

5 CONCLUSÃO

Os avanços da Neurociência têm, sem dúvida, trazido inúmeros benefícios para a humanidade, mas também têm levantado uma série de questionamentos sobre os limites ético-jurídicos do seu uso, devido a sua potencialidade para atingir a dignidade humana de forma nunca antes vista, deflagrando, inclusive, propostas para a formulação de novos direitos humanos direcionados a proteger o ser humano contra essas inovações científicas, que colocam em risco até sua própria natureza, conforme denunciado pelo Bioconservadorismo

O movimento bioconservador surgiu em resposta ao Transumanismo, que defende amplamente o uso da tecnologia para "melhorar" o ser humano. Além do caráter eugênico da proposta, os avanços da Neurociência mostram que os riscos podem ser ainda maiores, na medida em que as neurotecnologias podem mudar a própria natureza humana.

Trata-se de um assunto com reflexos diretos no Direito, principalmente por sua potencialidade para atingir os direitos humanos, dando lugar a um novo ramo jurídico, o Neurodireito, ainda em construção e sem respostas adequadas.

Diante da gravidade e da urgência da problemática, organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), têm, nos últimos anos, aprovado diversos documentos para estabelecer parâmetros ético-jurídicos direcionados a compatibilizar os avanços tecno-científicos e os direitos humanos.

Além desses órgãos internacionais, destaca-se o Chile como o primeiro Estado no mundo a incorporar na sua Constituição uma norma relativa à proteção da atividade cerebral, além de ter um projeto de lei em trâmite para sua aprovação. No Brasil, atualmente, há um projeto de lei e de emenda constitucional em trâmite no Congresso Nacional.

Sem negar a relevância dessas iniciativas, deve-se reconhecer a urgência de regular a matéria, dada a gravidade e irreparabilidade dos dados que podem ser provocados.

Talvez o melhor caminho seja reconhecer, em primeiro lugar, a complexidade da temática e, em segundo lugar, as limitações humanas para visualizar a amplitude e gravidade das consequências da ausência de regulação jurídica idônea e vinculante. Talvez seja mais prudente e realista começar a regular juridicamente as situações específicas, em uma espécie de retorno à tópica grega aristotélica.

Espera-se que a humanidade seja consciente dessa ameaça e que os interesses de alguns poucos que se beneficiarão com essas tecnologias não se sobreponham, pois o futuro sem uma regulação jurídica que limite os avanços da Neurotecnologia será o de um mundo exponencialmente mais desigual e injusto, em que alguns seres humanos serão intrinsecamente superiores a outros, criando uma brecha que será dificilmente revertida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 522**, de 09 de março de 2022. Modifica a Lei n° 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), a fim de conceituar dado neural e regulamentar a sua proteção. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2146384&filename=PL%20522/2022 Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 115**, de 10 de fevereiro de 2022. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm Acesso em: 12 ago. 2024.

BORBÓN RODRIGUEZ, Diego Alejandro; BORBÓN, Luisa Fernanda; LAVERDE PINZÓN, Jennifer. Análisis crítico de los neuroderechos humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologias de mejora. **Ius et Scientia**, Sevilla, v. 6, n. 2, 2020. Disponível em https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/13359 Acesso em: 13 ago. 2024.

BOSTROM, Nick; SAVULESCU, Julian (eds). **Human Enhancement**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CHILE. **Lei nº. 21.38**, de 14 de outubro de 2021. Modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas. Disponível em: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983 Acesso em: 13 ago. 2024.

DATTA, Asijit. (Dis)abling body and conscious technological afterness and after-humans in realive and upgrade. **Trabalhos em Linguística Aplicada**, Campinas, v. 58, v. n, maio-aug 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/j/tla/a/MhLy7kGfNcKPVBtp4SZdzFf/abstract/?lang=en Acesso em: 05 ago. 2024.

IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. **Life Sciences, Society and Policy**, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 1-27, 26 abr. 2017. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5447561/ Acesso em: 10 ago. 2024.

INGLESE, Silvia; LAVAZZA, Andrea. What should we do with people who cannot or do not want to be to protect from neurotechnological threats? Perspective, Lausanne, v. 15, p. 1-6, ago. 2021. Disponível em: https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnhum.2021.703092/full Acesso em: 04 ago. 2024.

DIÉGUEZ, Antonio. La función ideológica del transhumanismo y algunos de sus presupuestos. **Isegoría**, Madrid, n. 63, p. 367-386, jul-dic 2020. Disponível em: https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/1104/1098 Acesso em: 05 ago. 2024.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; PEREIRA, Marynna Laís Quirino; MARQUES, Lucas Vieira Barjud. Esforços da Organização das Nações Unidas para a responsabilização jurídica das empresas pela violação aos direitos humanos diante da pandameia da covid-19. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Direitos Humanos e empresas em tempos da pandemia da covid-19**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 25-48. Disponível em: https://homacdhe.com/wp-content/uploads/2021/08/DireitosHumanoseEmpresasemTemposdaPandemiadaCOVID19.pdf.pdf Acesso em: 04 ago. 2024.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. SANTOS, Sâmia Oliveira dos. A interface entre tecnologias assistivas e neurotecnologias na busca por um maior acesso à justiça para as pessoas idosas. In: REGINALDO, Sidney Guerra; OLIVEIRA, Lira Ramos de. (org.). **Reflexões jurídicas sobre os**

direitos das pessoas idosas. Fortaleza, TJCE, 2024, p. 111. Disponível em: https://portal.tjce.jus.br/uploads/2024/06/reflexoes-juridicas-miolo.pdf Acesso em: 6 ago. 2024.

MULLER, Oliver; ROTTER, Stefan. Neurotechnology: current developments and ethical issues. **Frontiers in Systems Neuroscience,** Laussane, v. 11, n. 2, p. 1-5, 13 dez. 2017. Disponível em: https://www.frontiersin.org/journals/systems-neuroscience/articles/10.3389/fnsys.2017.00093/full Acesso em: 13 ago. 2024.

NEUBAUER, Alijoscha C. The future of intelligence research in the coming age of artificial intelligence – With a special consideration of the philosophical movements of trans and poshumanism. **Intelligence** [s.l], v. 87, July-August 2021. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0160289621000477 Acesso em: 10 ago. 2024.

NEURORIGHTS INICIATIVE. **It's time for neurorights**. *2019.* Disponível em: https://neurorightsfoundation.org Acesso em*:* 07 ago. 2024.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recommendation of the Council on Responsible Innovation in Neurotechnology**, 11 december 12019. OECD/LEGAL/0457. Disponível em: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0457 Acesso em: 09 ago. 2024.

OEA – ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos**: Nuevos desafíos jurídicos para las Américas, de 11 de agosto de 2021 (2). CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21). Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-DEC_01_XCIX-O-21.pdf Acesso em: 11 ago. 2024.

OEA – ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Declaración de Principios Interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos, de 09 de março de 2023. CJI/RES. 281 (CII-O/23) corr. 1. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_281_CII-O-23_corr1_ESP.pdf Acesso em: 12 ago. 2024.

ONU – ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Human Rights Council Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development Fifty-first session 12 september – 7 october 2022, A/HRC/RES/51/3. **Resolution adopted by the Human Rights Council on 6 October 2022b**. Neurotechnology and human rights, 13 de October de 2022a. Disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/525/01/PDF/G2252501.pdf?OpenElement Acesso em: 10 ago. 2024.

ONU – ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS., Human Rights Council. Advisory Committee. Twenty-eighth session. 21-25 February 2022. **Assessing the human rights impact of neurotechnology:** towards the recognition of neurorights. A/HRC/AC/27/2 12 April 2022b. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/advisory-committee/session28/index Acesso em: 10 ago. 2024

ONU – ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. **Impactos, oportunidades y retos que pueden entrañar las tecnologías digitales nuevas y emergentes en relación con la promoción y la protección de los derechos humanos**; A/HRC/47/52, 19 mayo 2021. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/110/37/PDF/G2111037.pdf?OpenElement Acesso em: 10 ago. 2024.

UNESCO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Preliminary draft report of the IBC on ethical issues of neurotechnology**, Paris 15 December 2020.

SHS/BIO/IBC-Ext/2021/3. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375237 Acesso em: 10 ago. 2024

UNESCO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **First draft of a recommendation on the ethics of neurotechnology**, Paris 9 May 2024. SHS/BIO/AHEG-Neuro/2024/1. REV. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000389768 Acesso em: 10 ago. 2024.

ROMAÑACH CABRERO, Javier. Las propuestas éticas y sociales del transhumanismo y los derechos humanos. **Universitas**. Revista de Filosofía, Derecho y Política. Madrid, n. 24, p. 2-38, 2016. Disponível em: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3175 Acesso em: 10 ago. 2024.

SAVULESCU, Julian. **¿Decisiones peligrosas?** Una bioética desafiante. Madri: Tecnos, 2012.

VILLAROEL, Raúl. Consideraciones bioéticas y biopolíticas acerca del transhumanismo. El debate em torno a uma posible experiencia poshumana. **Revista de Filosofía,** Santiago, v. 71, p. 177-190, 2015. Disponível em: https://www.scielo.cl/pdf/rfilosof/v71/art14.pdf Acesso em: 10 ago. 2024.

YUSTE, Rafael et. al. our ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature**. London, v. 551, p. 159-163, 2017. Disponível em: https://www.nature.com/articles/551159a Acesso em: 09 ago. 2024.

PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA ATIVA: AS CONSULTAS PÚBLICAS NO SENADO FEDERAL (2005-2023)

PROPOSALS TO AMEND THE CONSTITUTION AND ACTIVE CITIZENSHIP: PUBLIC CONSULTATIONS IN THE FEDERAL SENATE (2005-2023)

Wagner Vinícius de Oliveira[148]

Resumo: O tema das consultas públicas possui nuances ainda inexploradas pelo direito constitucional brasileiro. Assim, pretende-se identificar se e em que medida este mecanismo de participação social contribui para a consolidação da cidadania ativa no devido processo legislativo brasileiro. Em primeiro lugar, analisa-se a passagem da cidadania política para a (teoria da) cidadania ativa. Em seguida, detalham-se algumas dificuldades e possibilidades no âmbito das propostas de emenda à constituição e, por fim, fornecem-se os dados quantitativos das consultas públicas no Senado (2005-2023). Para tanto, utiliza-se uma metodologia que combina as técnicas de pesquisa bibliográfica e quantitativa (seleção da amostra, registro da frequência e utilização das consultas públicas) baseada em fontes oficiais e dados primários extraídos diretamente do portal *E-cidadania* do Senado. Ao final, conclui-se que as consultas públicas, apesar de suas dificuldades, oferecem um passo a mais em direção à cidadania ativa.

Palavras-chave: Cidadania Ativa; Consultas Públicas; Devido Processo Legislativo; Participação Social.

148 Doutor em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, mestre em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, professor dos cursos de graduação em direito (Arraias/TO) e de especialização em direito e processo constitucional (Palmas/TO), ambos pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. oliveirawagnervinicius@gmail.com - http://lattes.cnpq.br/7878120675568536.

Abstract: The topic of public consultations has nuances still unexplored by Brazilian constitutional law. Thus, the aim is to identify whether and to what extent this mechanism of social participation contributes to the consolidation of active citizenship in the due Brazilian legislative process. Firstly, analyze the transition from political citizenship to the (theory of) active citizenship. Next, some difficulties and possibilities within the scope of proposed amendments to the constitution are detailed and, finally, quantitative data from public consultations in the Senate (2005-2023). To this end, a methodology is used that combines bibliographic and quantitative research techniques (sample selection, frequency recording and use of public consultations) through official sources and primary data from the site *E-cidadania* by Senate. In the end, it is concluded that public consultations, despite their difficulties, offer a further step towards active citizenship.

Keywords: Active Citizenship; Public Consultations; Due Legislative Process; Social Participation.

1 INTRODUÇÃO

Esse artigo versa sobre as consultas públicas realizadas pelo Senado Federal (2005-2023) durante a tramitação das propostas de emenda à constituição (PEC), com vistas a auxiliar na construção da cidadania ativa. A partir de um banco de dados comum, que permitirá o desenvolvimento dessa pesquisa e a continuidade de outras, extraem-se dados quantitativos para avaliar se e em que medida esse espaço institucional colabora positivamente com esse intuito.

Noutras palavras, busca-se conhecer se as consultas ditas públicas contribuem (ou não) para o aprimoramento do processo democrático brasileiro (cidadania ativa). Diante da amplitude de abordagens que o tema suscita, optou-se por recortar o objeto de pesquisa normativa e temporalmente; desse modo, analisa-se quantitativamente as

consultas públicas nas propostas de emenda à constituição no período de 2005 até 2023.

Tais opções encontram justificativas metodológica e teórica. A primeira, para tornar exequível a proposta de pesquisa diante do tempo e dos recursos disponíveis; além disso, justifica-se devido a completa ausência de estudos jurídicos específicos sobre a utilização e o crescimento das consultas públicas no devido processo legislativo. A título de exemplo foram consultados alguns indexadores de periódicos científicos (Periódicos Capes, SciElo, Biblioteca Digital de Teses e Dissertações USP e Google Acadêmico) e não foi possível identificar qualquer artigo relacionando os temas das consultas públicas e das propostas de emenda à constituição (dados coletados em 08/07/2024, às 21h e 38m.). Trata-se, portanto, de uma proposta temática filiada ao segundo eixo – *desigualdade, cidadania e direitos fundamentais* – do 3º Seminário Nacional da seção brasileira da Sociedade Internacional de Direito Público (*International Society of Public Law*, ICON-S).

Busca-se identificar e analisar os aportes teóricos e "empíricos" sobre a "participação social" na tramitação das PECs, assim como problematizar seus usos e resultados ao longo de uma trajetória de quase duas décadas de história percorrida, sem que houvesse o registro documental desse percurso e principalmente a avaliação de seus impactos positivos e negativos no âmbito do direito constitucional brasileiro. Em que pese a lacuna teórica, ante a ausência de estudos específicos, este artigo não pretende tratar exaustivamente o tema escolhido.

Sem dúvidas, a questão da participação social no devido processo legislativo - seja na perspectiva do exercício de um direito fundamental, seja na perspectiva de aprimoramento de uma função típica estatal - está situada no "campo problemático" que atravessa a teoria constitucional do tempo presente, em especial para a "reconstrução das condições institucionais de um processo legislativo democrático" (Cattoni de Oliveira, 2012, p. 19).

Nesse campo, há bastante trabalho a ser realizado, em especial, se levar em consideração as dificuldades institucionais e sociais

brasileiras para viabilizar a participação social enquanto condição de possibilidade para alcançar, no longo prazo, a cidadania ativa. Ao final, se pretende reforçar a concepção de que o direito público, em geral, e o direito constitucional brasileiro, em particular, possa "ser compreendido como dimensão discursiva de mobilização e expressão dos diversos fluxos comunicativos, políticos, artísticos, científicos, enfim, culturais" (Cattoni de Oliveira, 2012, p. 27).

Essa macro tarefa não se completa apenas e tão somente pela realização sistemática de consultas públicas (não vinculantes) em plataformas digitais; porém, igualmente, não se perfaz sem as participações sociais nesse ambiente institucional. Principalmente no processo legislativo especial previsto para modificar (inserir ou suprimir) certas disposições no enunciado normativo de matriz constitucional.

Se, por um lado, é possível identificar uma postura institucional de acolhimento dessa ideia, sobretudo após a edição da Resolução n. 26/2013, que estabeleceu esse mecanismo de participação popular na tramitação das proposições legislativas no Senado Federal; por outro lado, se percebe a ampliação da utilização desse espaço participativo pelo expressivo registro numérico das participações nas consultas públicas (cujos dados serão apresentados e analisados no terceiro tópico desse artigo). Resta, por fim, compreender se a adição desses dois aportes - institucional e social - resulta no desenvolvimento/aprimoramento da cidadania ativa brasileira.

A tônica reside em acentuar as participações sociais para o "processo legislativo democrático" em duas dimensões complementares. A primeira, remete ao exercício direto pelas destinatárias e pelos destinatários de certos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). A segunda, conduz ao entendimento de um devido processo legislativo "fundado na autonomia jurídica, pública e privada, e realizador da pretensão jurídico-moderna segundo a qual os destinatários das normas são seus próprios autores" (Cattoni de Oliveira, 2000; Cattoni de Oliveira, 2012).

Com efeito, o adjetivo que qualifica a cidadania ativa não é alcançado simplesmente pelo desempenho de uma função típica pelos órgãos estatais de uma das espécies do processo legislativo, ora compreendida pela elaboração de emenda à constituição (art. 59, I, CRFB/88). Mas, de outra sorte, o conceito contemporâneo de cidadania nutre-se da "titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que se garantem através de uma institucionalização de procedimentos capaz de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva" (Cattoni de Oliveira, 2012, p. 41).

Por ser um estudo de natureza experimental (GIL, 1989, p. 34-35), isso é, o esforço de submeter o objeto de estudo (consultas públicas) a influência de certa variável (cidadania ativa) em condições controladas e conhecidas (Senado Federal no período de 2005-2023), não compõem os objetivos desse artigo a elaboração de um veredito final sobre a cidadania ativa ou sobre as consultas públicas no Brasil. De outra sorte, deseja-se colaborar para o desenvolvimento dos diálogos sobre as consultas públicas. Repise-se: temática ainda inexplorada sobretudo na perspectiva jurídica.

Para tanto, conjugam-se os esforços das técnicas de pesquisa bibliográfica e quantitativa, mediante a seleção da amostra, o registro da frequência e a demonstração da utilização das consultas públicas por meio de fontes oficiais e de dados primários extraídos do portal *E-cidadania* do Senado Federal (banco de dados não estruturado). Diante a finalidade de "desenvolver, esclarecer [*sic*] e modificar conceitos e ideias com vistas a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores" (Gil, 1989, p. 44), esta pesquisa se classifica na modalidade exploratória valendo-se do levantamento bibliográfico e documental.

Quanto às opções metodológicas, a amostra quantitativa está distribuída no intervalo de 18 (dezoito) anos, cuja extensão alcançou 1.309 (mil trezentas e nove) consultas públicas realizadas no período temporal analisado. Embora permita a aquisição de novos conhecimentos sobre o objeto focalizado, a técnica de pesquisa quantitativa esbarra em algumas dificuldades para a mensuração

matemática de fenômenos sociais intangíveis, a exemplo da "cidadania ativa", da "legitimidade democrática", da "participação social efetiva" etc., todavia, conforme já se disse, o objetivo central desse artigo consiste em proporcionar uma visão geral sobre as consultas públicas realizadas pelo Senado Federal (2005-2023).

Dito isso, a fundamentação teórica da pesquisa - que orientará os procedimentos para a coleta, a análise e a interpretação dos dados - está na ideia de que a utilização das consultas públicas pelo Senado Federal é um mecanismo de participação social potencialmente indutor da cidadania ativa no devido processo legislativo brasileiro. Isso, contudo, não ignora que, quase sempre, os caminhos da "democracia digital" incorrem na "falsa solução para as disfunções da democracia representativa" (Silva, 2022).

Assim, excetuada essa introdução e a lista de referências, este artigo será estruturado em três tópicos, a saber: primeiro, será estabelecida a categoria teórica da cidadania ativa. Ato contínuo, serão discutidas as (im)possibilidades de implementação dessas ideias nas propostas de emenda à constituição em tramitação no Senado Federal.

Em terceiro lugar, será realizada a coleta dos dados, a tabulação simples por meio da contagem das frequências das categorias de cada conjunto, cujo procedimento será manual (Gil, 1989, p. 169) e o tratamento estatístico das consultas públicas realizadas no Senado Federal (2005-2023). Para fornecer informações mais detalhadas serão tabulados os dados numéricos obtidos por meio da elaboração de um quadro sobre as consultas públicas realizadas pelo Senado Federal nas propostas de emenda à constituição no período temporal analisado. Por fim, serão apresentadas as conclusões.

2 A CONQUISTA DA CIDADANIA POLÍTICA EM DIREÇÃO À CIDADANIA ATIVA?

O ponto inicial do artigo será a cidadania política, cujas condições de possibilidades apenas poderão ser reunidas com o advento da

modernidade, enquanto demarcador temporal da sociedade ocidental. Há um longo e tortuoso percurso trilhado desde o modelo de Estado liberal (igualdade formal), passando pelo Estado social (igualdade material), chegando até o Estado democrático de direito (igualdade e liberdade efetivas para a participação popular).

A partir dos ideais do estado de direito (*rule of law* ou *état de droit*) assentaram-se as bases para a limitação do poder político pelo direito. Esse intento foi perseguido por meio da estruturação das instituições estatais, da positivação dos direitos individuais, da separação dos poderes e, principalmente, da limitação do exercício do poder estatal submetendo-o ao direito positivo, entre outros exemplos possíveis.

Registre-se que esses mecanismos, embora relevantes, não foram capazes de erigir as bases para a construção da soberania popular. Seria preciso muito mais do que isso. Apenas quando os ideais democráticos foram conjugados com o estado de direito fez surgir o ideal do Estado democrático de direito. Em síntese, caracterizado pela limitação do exercício do poder (estatal e privado) por meio do reconhecimento dos direitos e das garantias fundamentais ancorados na dignidade da pessoa humana e na soberania popular.

Assim, é possível identificar que na experiência histórica brasileira essas condições apenas foram reunidas (ou parcialmente reunidas) com o advento da promulgação da CRFB/88, que, ao menos do ponto de vista formal, colocou termo ao regime de exceção imposto pela ditadura civil militar (1964-1985). Mesmo porque, não haviam as condições necessárias para a consolidação de uma cidadania política diante dos golpes de Estado, de eleições indiretas ou da realização de eleições fictícias (votos censitários, múltiplos, de "cabresto", a "bico de pena" etc.).

Pensar em cidadania política pressupõe, no mínimo, a existência de direitos políticos ativos e passivos manifestados pelo sufrágio universal e pela realização de eleições livres, diretas e periódicas. Esse modelo tradicional de cidadania política também foi positivado na CRFB/88 resultando na possibilidade de que o conjunto formado pelas cidadãs e pelos cidadãos possa escolher diretamente os membros dos

órgãos políticos e também possam compor os órgãos de representação política, desde que atendidos os demais requisitos.

Desse modo, cidadania política é primordialmente a reunião da capacidade eleitoral ativa e passiva, sendo uma concepção moderna que decorre da própria soberania popular. Eis um conceito central para a ideia de democracia representativa, que assim como a democracia direta (semidireta) também encontra positivação no parágrafo único do artigo primeiro da CRFB/88.

Ocorre, porém, que esse tipo substantivo de direitos políticos precisou ser complementado por um adjetivo específico para que pudesse se harmonizar com os ideais do Estado democrático de direito acima exemplificados. Assim, surgiram algumas propostas teóricas para qualificar a cidadania como cidadania ativa, que consiste em um tipo específico de participação complementar aos "direitos e deveres políticos que decorrem do *status* de eleitor (cidadania em sentido estrito)" (Silva, 2023, p. 2).

Antes, porém, cabe levar em consideração o contexto no qual essas ideias se inserem. Para o efetivo exercício dos direitos políticos na ordem jurídica interna ou doméstica há que se levar em consideração algumas transformações sociais ocorridas num passado recente. A começar pelas tecnologias da informação e da comunicação responsáveis não apenas por conectar indivíduos mediante a utilização de recursos tecnológicos oferecidos pela rede mundial de computadores, mas por forjar um novo tipo de sociabilidade nas chamadas "sociedades em rede" (Castells, 2009 e 2011).

Certamente, esse novo tipo de vida em comum provocou reflexos que vão além de estampar outras necessidades de participação para além das esferas tradicionais de poder. Estimulou a criação de espaços físicos e virtuais para incorporar a crescente demanda por participação social. Importa acrescentar que a chamada crise de representatividade, tanto dos mecanismos, quanto dos espaços tradicionais para a representação política, impulsionou, dentre outros aspectos positivos e negativos, a necessidade de uma atuação mais incisiva da sociedade civil.

Sendo que um dos efeitos positivos da crise de representatividade nas democracias liberais ocidentais foi a criação ou o reforço de um interesse social em novas formas de participação política. Em tese, seria o instrumento para resolver um dos "gargalos" da democracia representativa que é a "frágil ligação entre eleito e eleitor" (Silva, 2022, p. 18), que muitas das vezes se inicia e também se encerra com a confirmação do voto na urna eleitoral eletrônica.

Apenas esses dois aspectos - tecnologia da informação e da comunicação e crise de representatividade - fornecem elementos explicativos suficientes para justificar a reconfiguração da cidadania política clássica ou tradicional em seu conceito contemporâneo, demonstrado a pouco na introdução deste artigo. Desse modo, pode-se afirmar que a especificidade da cidadania ativa produz ao mesmo tempo que pressupõe a formação de "novos mecanismos para a governança a partir do ponto de vista do cidadão" e o "nível de envolvimento dos cidadãos no debate público" (Silva, 2022, p. 24).

Cidadania ativa em sentido amplo (direito fundamental) ou em sentido restrito (exercício de direitos políticos) provocam resultados diferentes. Isso porque o exercício da cidadania enquanto direito fundamental manifesta-se nas esferas religiosa, econômica, cultural etc. que, por sua vez, possuem reflexos (secundários) no tipo de participação política manifestada. Na atualidade, a crescente "participação social" na esfera pública coexiste com o desinteresse pela participação política tradicional ilustrado pelo aumento nos índices de abstenção, votos em branco e nulo.

Esse aparente paradoxo encontra uma explicação possível em uma das consequências da crise de representatividade, cujo agravamento ou tratamento inadequado conduz a "abulia política", isso é, quando a maioria das cidadãs e dos cidadãos não acreditam que suas "demandas políticas efetivamente irão determinar a atuação de seus representantes" (Silva, 2022, p. 111), outro sentido possível para essa mesma expressão consiste na recusa à participação (Jerônimo; Jerônimo; Silva, 2023, p. 4.453, nota de rodapé n. 1). Aqui, é possível

compreender parcela do rompante provocado pelos movimentos extremistas e autoritários do tempo presente.

Em paralelo, a "acracia política" revela um processo de cidadania incompleto no caso brasileiro. A ausência ou o baixo índice de participação social de determinados setores, possui "relação direta com a falta de conhecimento do próprio cidadão a respeito não apenas do processo político-eleitoral em si, mas do sistema normativo simbolizado pelo Estado como um todo" (Silva, 2022, p. 111).

Mesmo assim, ao se realizar uma leitura potencialmente adequada desse "aspecto constitucional moderno" tem-se por "fundamental que o indivíduo seja um cidadão capaz de exercer direitos políticos para que seja possível considerar sua participação na definição dos rumos da sociedade" (Silva, 2022, p. 48). E desse modo, trazer "algum tipo de resultado [positivo] no processo de tomada de decisão política" (Silva, 2022, p. 142) por meio da "participação efetiva" para pavimentar as vias da cidadania ativa.

Contudo, o foco desse artigo repousa em acompanhar de perto a atividade legislativa, mediante as consultas públicas, cuja questão central reside em saber se e como esse mecanismo amplia as condições de possibilidade para a cidadania ativa brasileira. Para tanto, serão analisadas algumas (im)possibilidades de implementação da cidadania ativa nas propostas de emenda à constituição em tramitação no Senado Federal no próximo tópico.

3 ALGUMAS (IM)POSSIBILIDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DA CIDADANIA ATIVA NAS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO E TRAMITAÇÃO NO SENADO FEDERAL

O tópico anterior evidenciou que a passagem da cidadania política para a cidadania ativa é um processo ainda em construção, enquanto projeto inconcluso sujeita-se a reveses próprios do tecido social que o envolve. Ao lado disso, tem-se que as consultas públicas compõem um rol de "mecanismos de interlocução comunitária na

gestão democrática dos interesses públicos" (Jerônimo; Jerônimo; Silva, 2023, p. 4.454). No entanto, para este momento reserva-se a missão de demarcar algumas possibilidades ou impossibilidades para a implementação da cidadania ativa nas propostas de emenda à constituição em tramitação no Senado Federal.

Ao todo será exposto um conjunto formado por quatro variáveis, quais sejam: (*i*) a democracia digital, (*ii*) o "ciberespaço público" (Silva, 2022, p. 196), (*iii*) a capacidade deliberativa institucional e (*iv*) a deferência às consultas públicas. Por fim, será possível afastar a proposital ambiguidade contida no subtítulo desse tópico é compreender que mesmo diante das dificuldades as consultas públicas consistem em mais um mecanismo de participação social para a democratização do devido processo legislativo.

De partida, faz-se necessário assentar que a realização de consultas públicas não faz parte dos procedimentos formais previstos na CRFB/88 para a elaboração de emendas ao seu texto positivo. A rigor, essa exigência não se aplica a qualquer das sete espécies que compõem o processo legislativo (art. 59, CRFB/88), aliás o termo "consulta pública" sequer consta nos regimentos internos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou no regimento comum do Congresso Nacional. Porém, cabe questionar se não existe obrigatoriedade dessa forma de participação social qual seria a razão que conduz o Senado Federal a realizá-la?

Duas são as respostas possíveis para essa indagação. Primeiro, pelo ganho de capital político (simbólico ou concreto) proporcionado pelo tratamento potencialmente adequado ao estímulo/demanda por participação de determinados setores da sociedade civil. Some-se a isso as transformações sociais que impulsionam a passagem da cidadania clássica para a cidadania contemporânea. Ademais, até agora, essa foi a única instituição do Legislativo federal que disponibilizou essa ferramenta de interação virtual.

Em segundo lugar, existe a possibilidade de o Senado realizar consultas públicas enquanto uma forma de ampliar ou de resgatar a credibilidade das instituições representativas (crise

de representatividade). Mesmo porque, consultar previamente as pessoas interessadas para que possam manifestar diretamente sua concordância ou sua discordância sobre eventual alteração (inserção, modificação ou supressão) no enunciado normativo da Constituição da República de 1988 - observadas as cláusulas pétreas e demais requisitos implícitos e explícitos contidos no artigo 60, CRFB/88 - se apresenta como uma medida bastante adequada.

No entanto, seria possível realizar todas essas funções no bojo do trâmite legislativo de uma proposta de emenda à constituição? A primeira variável que demarca sua possibilidade está na chamada "democracia digital" que pretende ampliar exponencialmente os espaços participativos por meio da utilização de ferramentas tecnológicas. Em teoria, essa sugestão permite a manutenção da democracia representativa ao mesmo tempo em que "defende um retorno à ideia de democracia direta por meio da utilização da tecnologia" (Silva, 2022, p. 152).

Igualmente, não se trata de substituição da participação concreta pela participação virtual, mas da conjugação de ambas as possibilidades. Desse modo, a democracia digital possibilita o acesso de pessoas interessadas dentro das vastas dimensões do território brasileiro; nesse sentido, permite a participação de uma dimensão populacional mais abrangente, mesmo diante da exclusão digital (seja pela ausência de recursos econômicos, seja pela insuficiência de instrução tecnológica).

Porém, essa variável igualmente pode demarcar a impossibilidade de implementação da cidadania ativa. No extremo, a democracia digital envolve riscos atrelados à tirania da maioria, ao suposto igualitarismo democrático, as exclusões políticas discretas etc. (Silva, 2022). Além do mais, a mera possibilidade de participação remota com apenas alguns cliques não é capaz de suplantar o desconhecimento (total ou parcial) das pessoas participantes em relação aos temas complexos, por vezes, demasiadamente técnicos debatidos e decididos em sede de proposta de emenda à constituição.

A segunda variável diz respeito ao "ciberespaço público", enquanto um dos desdobramentos da democracia digital. Na verdade, a hipótese dos ciberespaços corresponde a efetiva utilização das ferramentas tecnológicas oferecidas pela democracia digital e, desse modo, os espaços digitais criados para a discussão de propostas de emenda à constituição são instrumentos para a operacionalização da democracia digital. Cuja possibilidade ou impossibilidade depende das pré-compreensões acerca da utilização desses mecanismos tecnológicos e dos resultados apresentados.

A capacidade deliberativa institucional designa a terceira variável de análise. Não remete diretamente às participações sociais, a exemplo das duas variáveis apresentadas anteriormente, mas a capacidade de recebimento e de tratamento institucional dessas participações sociais. No caso da tramitação das PECs no Senado Federal pressupõe que pessoas naturais efetivamente utilizem a plataforma digital (portal *E-cidadania*) manifestando de modo favorável ou contrário à proposta em tramitação.

Daí em diante, perceber se e como essa instituição articula (ou não) as opiniões manifestadas. Nesse ambiente, torna-se possível a implementação da cidadania ativa diante da existência de um efetivo "diálogo entre aqueles que juridicamente são os responsáveis pelo processo de tomada de decisão - no caso, os representantes eleitos - e o cidadão em geral, já que estes últimos debateriam e deliberariam em conjunto a respeito de questões relevantes" (Silva, 2022, p. 171).

Aqui vale reforçar a aptidão da instituição pública (Senado Federal) e não necessariamente as virtudes individuais de seus membros (Senadoras e Senadores). Já que a deliberação pressupõe a continuidade dos diálogos e apenas a instituição estatal possui caráter perpétuo, ao passo que suas membras e membros são periodicamente substituídas e substituídos.

Essa relação institucional duradoura permitirá, no longo prazo, o desenvolvimento de um componente vital para a cidadania ativa que é o "envolvimento no processo político-decisório" (Silva, 2022, p. 259). Portanto, se a instituição for capaz de estimular e manter os diálogos

com as pessoas, para além dos momentos tradicionais da cidadania política, cria-se a ideia de que o ato de participar "é fundamental para si mesmo e para a coletividade" (Silva, 2022, p. 272).

Por fim, a quarta variável consiste no reconhecimento das consultas públicas. Primeiro é preciso delimitar o sentido daquilo que se entende por deferência, que não se confunde com obediência irrestrita, sob pena de se corromper em "democracia plebiscitária". Caso a deferência seja apenas e tão somente ao resultado da consulta pública (favorável ou contrário a PEC), em certas hipóteses, tem-se a possibilidade de realizar alterações materialmente inconstitucionais quando se desrespeita os direitos e as garantias fundamentais previstos na CRFB/88 ou os direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, mediante quórum qualificado. Nessas hipóteses, eventuais propostas de emenda à constituição poderão ser submetidas ao controle concentrado de constitucionalidade ou ao controle de convencionalidade, respectivamente. Com efeito, percebe-se a impossibilidade desse tipo de "cidadania ativa".

Por outro lado, se a deferência for ao processo de consulta pública - que serve não apenas para proclamar um resultado, mas para avaliar o grau de contestação ou de aceitação pública de determinada proposta de emenda à constituição - possível será o incremento da cidadania ativa. Dessa forma, oportuniza-se algumas condições necessárias para o surgimento da "governança centrada nos cidadãos", que basicamente consiste em um "modelo no qual são institucionalizados determinados mecanismos pelos quais todos os atores envolvidos com determinada política pública têm a possibilidade de interferir nas diferentes etapas do seu processo de criação" (Silva, 2022, p. 261).

Revela-se bastante oportuna a inclusão do processo de consulta pública (não necessariamente do seu resultado) nos debates legislativos e nas publicações oficiais, que significa, em última instância, a capacidade dos diálogos institucional e sociais realizar a mútua aprendizagem política. Repise-se: considerar uma consulta pública implica continuidade dos diálogos, fato que não

conduz necessariamente ao acatamento irrestrito do conteúdo de seu resultado numérico.

Assim, por se tratar de uma dimensão humana, a cidadania ativa está situada no tempo e no espaço sendo uma construção em disputa que deriva dos processos sociais, políticos e culturais. Em sede de entendimento parcial tem-se que as "sementes da cidadania ativa estão plantadas, mas a terra brasileira é árida" (Silva, 2022).

4 ASPECTOS QUANTITATIVOS DAS CONSULTAS PÚBLICAS NO SENADO FEDERAL (2005-2023)

Antes de apresentar os dados sobre as consultas públicas realizadas no Senado Federal (2005-2023), cabe descrever seu surgimento institucional. Normativamente a prática de consulta pública foi instituída pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 26/2013, cuja utilização se aplica de modo irrestrito a todos os projetos de lei e proposições legislativas que tramitam no Senado.

Em seu artigo primeiro, a Resolução determina que o "sítio na internet do Senado Federal abrigará mecanismo que permita ao cidadão manifestar sua opinião acerca de qualquer proposição legislativa" (Brasil, 2013). Foi assim que surgiu o portal eletrônico *E-cidadania* do Senado Federal. Além disso, o artigo segundo estabelece a "qualquer cidadão, mediante cadastro único com seus dados pessoais de identificação, poderá apoiar ou recusar as proposições legislativas em tramitação no Senado Federal" (Brasil, 2013).

Dessa forma foi estabelecida a consulta pública enquanto mecanismo de participação social (em tese) acessível para todas as cidadãs e para todos os cidadãos interessados nos temas legislativos propostos no Senado. Para realizar o cadastro é necessário: (*i*) ter acesso a um computador ou um *smartphone* conectado à internet, (*ii*) possuir mais de doze anos de idade, (*iii*) concordar com os termos de uso, (*iv*) realizar um cadastro prévio mediante o fornecimento de

informações pessoais ou por meio de cadastro na Plataforma Gov.BR e (*v*) informar a unidade da federação em que reside.

Ao participar da consulta pública será possível: (*i*) identificar o título da PEC, (*ii*) identificar a autoria da proposta, (*iii*) realizar a leitura da íntegra do documento, (*iv*) registrar uma das opções (sim ou não) para a pergunta "Você apoia essa proposição?" e (*v*) confirmar o registro do voto.

Muito embora a implementação do *E-cidadania* tenha ocorrido em 2013, após a edição da sobredita resolução, o portal menciona algumas consultas públicas realizadas em PEC`s no ano de 1961, sem, contudo, apresentar qualquer relato sobre o quantitativo das participações. Até agora, já foram identificadas 13.361 proposições que receberam votos, com 15.107.743 pessoas votantes e um total de 34.557.097 votos registrados (dados coletados em 06/07/2024, às 15h e 04m.).

Em razão do expressivo número de registros constante nos outros quatorze tipos de proposições legislativas, esse artigo optou pelo "Tipo" PEC. Tal opção metodológica justifica-se para tornar a pesquisa exequível no tempo e espaço disponíveis e também pelo ineditismo dessa contribuição. Inicialmente, a pretensão original de análise desse artigo consistia em avaliar o período temporal compreendido entre 1988 até 2023 (incluídos estes).

A escolha do termo inicial se justificava devido a promulgação da CRFB/88 e do termo final (2023) em razão do fechamento das consultas públicas realizadas neste ano, já que em 2024 existe a possibilidade da apresentação de novas PEC`s com a realização de novas consultas públicas. Todavia, de 1988 até 1998 e de 2000 até 2002 existe apenas o relato das consultas públicas realizadas sem a presença de qualquer registro numérico (a exemplo do que ocorreu em 1961) dificultando sobremaneira a realização da análise quantitativa pretendida.

Já em 1999, o portal eletrônico passou a registrar além do quantitativo das consultas públicas realizadas o número de participações registradas (votos favoráveis ou contrários), porém foi novamente interrompido de 2000 até 2002. Quanto ao ano de 2004,

novamente se identificou apenas o relato das consultas públicas desacompanhado de qualquer registro numérico. Apenas em 2005, que o portal *E-cidadania* apresentou regularidade na disponibilização dos dados, razão pela qual se impôs o termo inicial do recorte temporal de 2005 até 2023 para a construção de indicadores sobre as consultas públicas realizadas pelo Senado Federal nas propostas de emenda à constituição.

Para tanto, acessou o sítio eletrônico do Senado Federal e na página principal no *menu* "Consulta Pública" foram selecionados os seguintes itens: "Opine sobre projetos", "Ver todas as proposições", "Filtrar", "Tipo", sendo escolhido o "PEC - Proposta de Emenda à Constituição" e inserindo manualmente os anos de 2005 até 2023 no campo "Ano". Desse modo, foram obtidos os seguintes dados numéricos, conforme se depreende do quadro abaixo apresentado.

QUADRO 1: Consultas públicas realizadas pelo Senado Federal nas propostas de emenda à constituição (2005-2023)

N.	Ano	Quantitativo das consultas públicas realizadas	Proposta de emenda à constituição com o maior número de participação na consulta pública
01	2005	74	PEC 05/2005 - Altera o art. 45 da Constituição para conceder ao brasileiro residente no exterior o direito de votar nas eleições (465 favoráveis e 273 contrários).
02	2006	53	PEC 29/2006 - Altera o art. 39 da Constituição Federal, a fim de tornar obrigatória a instituição de plano de carreira para os servidores públicos da administração pública direta, autárquica e fundacional (01 favorável e 00 contrário).
03	2007	104	PEC 67/2007 - Modifica os §§ 1º e 2º do art. 46 da Constituição Federal, para reduzir o número de Senadores de três para dois, por Estado e pelo Distrito Federal (3.043 favoráveis e 17 contrários).
04	2008	49	PEC 19/2008 - Altera o art. 37 para estabelecer isenção de pagamento de inscrição em concurso público nos casos que menciona (2.808 favoráveis e 217 contrários).

05	2009	56	PEC 45/2009 - Acrescenta o inciso XXIII ao art. 37 da Constituição Federal, dispondo sobre as atividades do sistema de controle interno (1.233 favoráveis e 04 contrários).
06	2010	36	PEC 27/2010 - Pec da Cidadania - Permite a elegibilidade dos analfabetos (174 favoráveis e 3.470 contrários).
07	2011	126	PEC 115/2011 - Altera o inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, para vedar a instituição de impostos sobre os medicamentos de uso humano (4.093 favoráveis e 52 contrários).
08	2012	71	PEC 65/2012 - Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental (409 favoráveis e 31.401 contrários).
09	2013	79	PEC 51/2013 - Altera os arts. 21, 24 e 144 da Constituição; acrescenta os arts. 143-A, 144-A e 144-B, reestrutura o modelo de segurança pública a partir da desmilitarização do modelo policial (27.386 favoráveis e 31.561 contrários).
10	2014	57	PEC 56/2014 - Dá nova redação ao inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal e dá outras providências (1.804 favoráveis e 35 contrários).
11	2015	165	PEC 106/2015 - Dá nova redação aos arts. 45 e 46 da Constituição Federal para reduzir o número de membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (1.859.114 favoráveis e 10.699 contrários).
12	2016	67	PEC 55/2016 - Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências (23.766 favoráveis e 345.654 contrários).
13	2017	51	PEC 51/2017 - Acrescenta a alínea f ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, instituindo imunidade tributária sobre os consoles e jogos para videogames produzidos no Brasil (157.930 favoráveis e 1.586 contrários).

14	2018	21	PEC 1/2018 - Altera os incisos XVIII e XIX do art. 7º da Constituição Federal, para ampliar a duração da licença-maternidade e da licença-paternidade (4.391 favoráveis e 274 contrários).
15	2019	134	PEC 186/2019 - Altera o texto permanente da Constituição e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispondo sobre medidas permanentes e emergenciais de controle do crescimento das despesas obrigatórias e de reequilíbrio fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, e dá outras providências (7.737 favoráveis e 291.128 contrários).
16	2020	34	PEC 31/2020 - Altera o art. 150 da Constituição Federal para garantir a imunidade tributária aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (28.512 favoráveis e 683 contrários).
17	2021	39	PEC 12/2021 - Altera o art. 13 da Constituição Federal para incluir a língua brasileira de sinais como um dos idiomas oficiais da República Federativa do Brasil (3.160 favoráveis e 68 contrários).
18	2022	39	PEC 03/2022 Revoga o inciso VII do *caput* do art. 20 da Constituição Federal e o § 3º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e dá outras providências (2.298 favoráveis e 159.674 contrários).
19	2023	54	PEC 45/2023 - Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (21.463 favoráveis e 23.021 contrários).
Total:		1.309	-

Fonte: Autoria própria, 2024.

Percebe-se que o sítio eletrônico do Senado Federal apresenta algumas desconformidades que impedem análises para além da constatação da presença e da frequência das consultas públicas. Todas as

informações constantes no quadro supra foram extraídas diretamente do resultado das pesquisas realizadas no portal *E-cidadania*, sendo que para a composição da quarta coluna (Proposta de emenda à constituição com o maior número de participação na consulta pública) foi adotado como parâmetro a consulta pública com o maior registro numérico de participação (variáveis qualitativas ordinais), classificada de modo automático pelo próprio sítio eletrônico.

Dentro do período de 18 (dezoito) anos foram realizadas pouco mais de mil e trezentas consultas públicas (1309), a média aritmética simples corresponde a aproximadamente setenta consultas por ano (68,89). A amostra possui 39 enquanto moda, isso é, o quantitativo que possui maior frequência (vide itens n. 17 e n. 18 do quadro supra). Sendo 56 o valor correspondente a mediana das consultas públicas realizadas no período. Essa medida de dispersão serve para controlar as análises tendenciosas e evitar assumir como paradigmas os períodos extremos para sustentar generalizações equivocadas.

Por exemplo, os anos de 2018 e 2015 - por destoarem tanto da média, quanto da mediana - já que apresentam respectivamente a menor e a maior frequência de registros (vide itens n. 11 e n. 14 do quadro supra), isoladamente considerados, não fornecem elementos seguros para sustentar o baixo ou o elevado índice de frequência das consultas públicas em todo o período analisado. Essas medidas de tendência central pretendem diminuir a possibilidade de correlações espúrias.

Ainda em termos quantitativos, a PEC 29/2006 (vide item n. 02 do quadro supra) apresenta o menor índice de manifestação registrada no período analisado (apenas 01 manifestação favorável) ao passo que a PEC n. 106/2015 (vide item n. 11 do quadro supra) possui o maior índice de manifestação registrada em todo o período (com quase dois milhões de votos favoráveis 1.859.114). Contudo, devido a forma de apresentação e de sistematização dos dados pelo portal a realização de outros tipos de análise resta prejudicada.

Mesmo assim, é possível constatar e inferir dos dados obtidos (*i*) a presença e a frequência significativa das consultas públicas no

ambiente e período temporal analisados (*ii*) a ausência de fornecimento de dados completos e de resultados sistematizados prejudica/impede a elaboração de outros tipos de análise para além do quantitativo e (*iii*) a desvinculação discursiva entre os debates parlamentares e as consultas públicas (não necessariamente do resultado). Vale registrar que o resultado da consulta pública não vincula os votos ou as opiniões das Senadoras e dos Senadores, ou seja, possui caráter meramente persuasivo.

Registre-se que o número de votos pode sofrer alterações haja vista que o portal permite o registro de votos em todas as proposições, servindo, de certo modo, como uma espécie de referencial sobre a percepção popular da matéria da PEC independentemente de sua tramitação (aprovação ou rejeição) ter sido concluída. Por tal razão, a consulta pública com o maior registro numérico de participação igualmente pode ser alterada com o registro de novos votos.

Por fim, sugere-se a adoção de modelos de respostas não dicotômicas, que permitam verificar outras percepções para além da mera concordância ou discordância. A exemplo da escala de graduação, isso é, a apresentação de graus que indiquem maior ou menor favorabilidade (totalmente favorável; favorável com algumas restrições; nem aprovação nem desaprovação; desaprovação em muitos aspectos; totalmente desfavorável) ou da escala de Liket: concordo plenamente; concordo; indeciso; discordo; discordo plenamente (GIL, 1989, p. 139 e 143) para tornar o "terreno" das consultas públicas um pouco mais lavradio para as "sementes" da cidadania ativa.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, vale reforçar que o objetivo central desse artigo foi iniciar a construção do perfil das consultas públicas no Senado Federal no período de 2005 a 2023. Para tanto, começou detalhando o percurso da cidadania política ou clássica em direção à cidadania ativa. A primeira espécie de cidadania desenvolve-se

por meio do exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva, uma condição necessária, porém, insuficiente para oferecer respostas às demandas contemporâneas por participação social.

Nesse sentido, entendeu-se que o ideal da cidadania ativa se configura quando o conjunto formado pelas cidadãs e pelos cidadãos esteja apto ao exercício pleno dos direitos políticos interferindo direta ou indiretamente nos assuntos públicos. A ampliação da cidadania política com vistas a construção da cidadania ativa implica considerar a ideia de representação pela participação. Com isso, a cidadania ativa admite a interpretação de um caminho a ser percorrido com o apoio de vários mecanismos.

Ao lado disso, identificou-se pelo menos quatro variáveis que produzem algumas dificuldades na implementação da cidadania ativa nas propostas de emenda à constituição em tramitação no Senado Federal. Sendo (*i*) a democracia digital, (*ii*) o "ciberespaço público", (*iii*) a capacidade deliberativa institucional e (*iv*) a deferência às consultas públicas, que dependendo do ângulo de análise podem indicar até mesmo uma impossibilidade. Mesmo diante dessas dificuldades as consultas públicas consistem em mais um mecanismo de participação social para a democratização do devido processo legislativo.

Por fim, foram analisados os aspectos quantitativos das consultas públicas no Senado Federal, por meio da elaboração de um quadro específico com os dados obtidos no portal *E-cidadania* (Quadro 01 - Consultas públicas realizadas pelo Senado Federal nas propostas de emenda à constituição (2005-2023)). Oportunidade em que se identificou que em alguns anos havia apenas o relato das consultas públicas desacompanhado de qualquer registro numérico, cuja "regularidade" foi constatada apenas a partir de 2005.

Apesar disso, é possível afirmar que definitivamente as consultas públicas fazem parte da práxis de reforma do texto constitucional de 1988, cuja média aritmética simples corresponde a aproximadamente setenta consultas públicas realizadas por ano (dentro do período temporal analisado). Por outro lado, em que pese sua aparência inclusiva (aplicável em qualquer proposição legislativa no Senado

Federal e da possibilidade de manifestação de qualquer pessoa cadastrada no portal), a volatilidade (tanto na frequência, quanto nas matérias) e desvinculação discursiva das consultas públicas fragilizam uma contribuição mais efetiva para a construção da cidadania ativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2024 [atualizada até a EC n. 132/2023]. Disponível em: http://stf.jus.br. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Resolução n. 26, de 2013**. Estabelece mecanismo de participação popular na tramitação das proposições legislativas no Senado Federal. Brasília, 10 jun. 2013. Diário Oficial da União, 11 de julho de 2013.

BRASIL. Senado Federal. **E-cidadania**. Brasília, 28 maio 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ecidadania Acesso em: 06 jul. 2024.

CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Traducción de María Hernández. Madrid: Alianza, 2009.

CASTELLS, Manuel. **La sociedad red**: una visión global. Traducción de Francisco Munoz De Bustillo. Madrid: Alianza, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Iniia Via, 2012.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

JERÔNIMO, Luciana Saraiva de Oliveira; JERÔNIMO, Flávio Trindade; SILVA, Marcelo Pereira da. Consulta pública e racionalidade comunicativa: análise da participação social *on-line* na administração

pública. **Revista Observatorio de la Economia Latinoamericana**, Curitiba, v. 21, n. 06, 2023, p. 4.450-4.469.

SILVA, Adilson Lucas de Souza. Cidadania ativa, participação política e seus obstáculos. 9º Encontro Internacional de Política Social, Vitória (ES, Brasil), 13 a 15 de junho de 2023. **Anais**... Vitória: 2023, p. 01-10.

SILVA, Matheus Passos. **Cidadania ativa e governança sob a perspectiva do direito eleitoral comparado**. Orientador: Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda. 2022. 467 f. Tese (doutorado em Ciências Jurídico-Políticas). Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2022.

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA: CIDADANIA CULTURAL E O PAPEL DE FOMENTO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR

THE IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO CULTURE: CULTURAL CITIZENSHIP AND THE ROLE OF PROMOTING HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS

Luciana da Silva Costa [149]

Esther Pereira da Silva [150]

Resumo: O artigo busca analisar a cultura como direito fundamental no marco do Constitucionalismo Democrático e o papel das Instituições de ensino superior como espaços coletivos de construção e promoção da cidadania cultural. A cultura apresenta-se como um direito fundamental, essencial à efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana. A homogeneização da cultura desenvolve a importação de movimentos, valores e tradições do ocidente norte do planeta, apagando e silenciando as culturais locais, impactando a identidade constitucional acolhida na CRFB/88. Nesse contexto, as IES apresentam-se como espaços propiciadores da cidadania cultural, desenvolvendo-a através das ações acadêmicas da pesquisa, do ensino e da extensão e pela articulação da comunidade acadêmica. Assim, seria possível o (re)desenho de uma identidade cultural capaz de combater a elitização. Trata-se de pesquisa bibliográfica, tendo como principais fontes a literatura jurídica sobre temáticas afetas ao direito fundamental à cultura.

149 Doutora em Direito Constitucional pela USP e Professora Adjunta da PUC–MG 1. Email: lucianacostapuc@gmail.com Lattes: http://lattes.cnpq.br/4278252169916006.

150 Graduanda em Direito na PUC-MG 2. Email: pereiraesther23@gmail.com Lattes: http://lattes.cnpq.br/2464655914178765.

Palavras-chave: Cultura; Direito; Constituição; Universidade; Fomento.

Summary: This article aims to analyze culture as a fundamental right within the framework of Democratic Constitutionalism and the role of higher education institutions as collective spaces for the construction and promotion of cultural citizenship. Culture is a fundamental right, essential to the implementation of the principles of human dignity. The homogenization of culture leads to the importation of movements, values, and traditions from the western North of the planet, erasing and silencing local cultures, impacting the constitutional identity adopted in the CRFB/88. In this context, higher education institutions are spaces that foster cultural citizenship, developing it through academic research, teaching, and extension activities, and through the articulation of the academic community. Thus, it would be possible to (re)design a cultural identity capable of combating elitism. This is bibliographical research, with the main sources being legal literature on topics related to the fundamental right to culture.

Keywords: Culture; Right; Constitution; University; Promotion.

1 INTRODUÇÃO

As compreensões de cultura são diversas e amplas e, em perspectivas mais tradicionais identificam-se com a representação de símbolos, signos, costumes e as representações de uma nação, criados pelos vários grupos sociais componentes dela, com suas particularidades e suas vivências. Entretanto, tais compreensões precisam dialogar com as características de sociedades contemporâneas, plurais e complexas. Nesse sentido, a partir dos ensinamentos de Marilena Chaui (2021), é necessário compreender a cultura como uma invenção coletiva, construída por múltiplos sujeitos culturais, o que pode.

Numa instância constitucional, a cultura apresenta-se no rol dos direitos fundamentais, essencial à efetivação do princípio da dignidade humana, e diretamente presente a partir do artigo 215, que inaugura a seção intitulada "Da cultura´", na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, CRFB/88. Compreende-se a cultura como um vetor não apenas da construção de uma identidade nacional, compreendida a partir de Rosenfeld (2003). em resposta à globalização, mas também da possibilidade de desenvolvimento econômico sustentável, capaz de proporcionar ascensão social e intelectual.

Dentro dessa conjuntura, qual seria o papel das Universidades no século XXI e no marco do constitucionalismo democrático na trajetória de promover a cidadania cultural? O presente trabalho parte da hipótese de que tais instituições de ensino superior podem contribuir para a efetivação do direito fundamental à cultura, atuando como um aparato de produção e disseminação de conhecimento. Entretanto, para a efetivação dessa perspectiva, é relevante a percepção da cultura como um direito fundamental; por sua vez, é fundamental compreender a cultura em uma visão plural, capaz de dialogar com as diferentes visões de mundo que devem abrigar-se em constituições do século XXI.

Nesse contexto, as IES podem representar espaços propiciadores da cidadania cultural, capazes de fomentar, desenvolver, avaliar e retroalimentar os processos culturais dentro de uma concepção democrática, pois edificada pelos seus múltiplos atores. Assim, através das ações acadêmicas da pesquisa, do ensino e da extensão e pela articulação dos diversos atores que participam da comunidade acadêmica, a educação nas IES permitiram o (re)desenho de uma identidade cultural capaz de combater processos homogeneizadores, tais como o de massificação e elitização, que acabam por gerar violências simbólicas e estigmatizar cidadãos de todo o ciclo de criação e instituição dos processos culturais.

Dessa forma, a cultura pode apresentar-se como um fortificador do Estado Democrático de Direito, a partir do momento que promove emancipação, por meio de diálogos políticos e sociais, lançando luz

aos indivíduos invisibilizados pela coletividade, e permitindo uma participação mais ativa dos sujeitos dentro da vida política

A presente pesquisa é financiada pelo Fundo de Incentivo à Pesquisa, FIP-PUC Minas. A presente etapa deriva da revisão da literatura jurídica sobre temáticas afetas ao direito fundamental à cultura, compreendida no marco do Estado Democrático de Direito.

2 CULTURA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

A compreensão do direito fundamental é complexa e dificultosa, principalmente devido à longa construção histórica atrelada aos conflitos de teses defendidas por diversos autores e as terminologias que estes designaram para se referir aos direitos fundamentais, desde direitos naturais, direitos do homem até direitos humanos. Karel Vasak foi o responsável por popularizar, com a posterior contribuição de Norberto Bobbio (2004), a tese das "gerações", que consiste na ideia de que os direitos fundamentais surgiram em gerações baseadas nos lemas da Revolução Francesa, respectivamente de liberdade, de igualdade e de fraternidade.

Bonavides (2000) desenvolve uma crítica à ideia das "gerações" e propõe a substituição pelo termo "dimensões", alegando que a teoria original sustentaria a noção de uma hierarquia entre os direitos, como se a cada nova geração, os direitos anteriormente conquistados fossem superados pelos novos. Para ele, a terminologia "dimensão" esclarece que os direitos fundamentais são interdependentes e indivisíveis. Ommati (2021, p. 48) afirma, de forma crítica, que tanto gerações quanto dimensões reduzem os direitos fundamentais a uma classificação que não compreende sua complexidade e totalidade, além de desconsiderar o fato de que todos "os direitos custam dinheiro" e, por isso, a realização destes demandam atuação direta do Estado, independentemente de quais sejam estes. Além disso, não são interdependentes, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de previsões legais que permitem a interpretação

processual de diversos tipos de compreensões desses direitos: se são coletivos, individuais, difusos ou sociais.

Em segundo plano, é preciso enfatizar que, apesar do que é defendido por grande parte da doutrina, os direitos fundamentais não são inerentes à pessoa humana, mas são na realidade, como ensinado por Ommati (2021, p. 52), construções históricas tipicamente modernas que buscaram e ainda buscam controlar os abusos provenientes do Estado e da política em geral, são direitos que nascem, se estabelecem, se modificam e podem se perder a qualquer momento. Em uma afirmação ousada e contrária a toda a doutrina, Ommati afirma que "os direitos fundamentais são valores, não estão em colisão e são absolutos". Enquanto valores, tal percepção não permite que esses direitos sejam aplicados de forma gradual, dentro de perspectivas subjetivas, porque estas ficam à mercê de seletividade jurídica e de decisões arbitrárias. Não estão em colisão abstratamente, pois um direito não atinge o outro, o sujeito que colide não está exercendo mais o seu direito e sim atacando o do outro. São absolutos porque em caso de se afirmar possuir um direito fundamental, este não pode ser restringido de forma alguma. Os direitos fundamentais, conforme Dworkin (2002), apenas constroem sentido dentro de um ordenamento democrático quando se fazem absolutos, agindo como trunfos que funcionam contra tudo e contra todos, inclusive contra a maioria (Ommati, 2021, p. 65).

Em outra abordagem, José Afonso da Silva (2005) apresenta que, no qualificativo fundamental, entende-se situações jurídicas sem as quais o homem não se realiza, não convive e, por vezes, não sobrevive. Fundamental a todos, no sentido de serem não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Alexy defende que os direitos fundamentais são interesses ou carências "quando sua violação ou não-satisfação significa a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia (Alexy, 1999, p. 61)".

A cultura, cerne do presente artigo, foi estudada como um direito fundamental por renomados estudiosos [151] da contemporaneidade, que exploraram a importância da cultura e como esta detém uma extensa relevância na construção de identidades individuais e coletivas plúrimas e inclusivas, aumento do bem-estar social, da dignidade e da autonomia. Segundo a doutrina tradicional[152], o direito à cultura, assim como qualquer outro direito fundamental, é universal, irrenunciável, imprescritível, inalienável e ilimitado.

O mundo ocidental principia as menções aos direitos culturais ao longo do século XX, sendo marcantes a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, pioneiras em direitos sociais garantidos. Todavia, os textos constitucionais na primeira metade do século tratam o tema cultural de maneira vaga, mais preocupados com os direitos autorais e direito à livre manifestação de pensamento. No Brasil, a cultura figurará nos textos constitucionais a partir de 1934, em capítulo dedicado à educação e à cultura, cujas disposições referem-se à proteção das ciências, das artes e das culturas em geral (Fernandes, 2011, p. 174).

Durante o Estado Novo, a Constituição de 1937 possuía um caráter excepcionalista, com o intuito "mantenedor da ordem pública", impedindo supostas ameaças comunistas. Apesar da conjuntura exposta, esse texto constitucional seguiu o exemplo de seu anterior, dedicando uma seção denominada como "Da Educação e da Cultura" para garantir liberdade da arte, da ciência e do ensino à iniciativa privada e às pessoas públicas ou coletivas, impondo o dever do Estado em promover e desenvolver instituições que agregassem para esses três pilares. É evidente que, como se tratando de um período ditatorial, essa liberdade cultural era restrita e, em geral, as expressões culturais pelo país eram controladas e censuradas, apoiando-se no art.

151 Neste sentido, são exemplos: CHAUI, Marilena. **Cidadania cultural - o direito à cultura**. São Paulo: Fundação Perseu Abamo, 2021. SAID, Edward W. **Cultura e imperialismo**. Companhia das Letras, 2011; SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. Malheiros, 2001.

152 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. BOBBIO, Norberto, **Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

122, que proporcionava ao governo a autoridade de tomar medidas excepcionais a fim de garantir "a paz, a ordem e a segurança pública". Posteriormente, com o país encontrando-se em regime democrático novamente, a Constituição de 1946 reiterou o papel de amparo do Estado quanto à cultura e a necessidade da criação de institutos de pesquisa, preferencialmente em parceria com os estabelecimentos de ensino superior.

Disposta a consolidar o "projeto piloto" da tendência de ditaduras na América Latina e operando por meio do autoritarismo sólido a partir de um governo civil-militar, inaugura-se a Constituição de 1967. No título IV, denominado como "Da Família, da Educação e da Cultura", menciona-se a temática cultural muito brevemente, espelhando a obrigação do Estado à cultura presente nas constituições anteriores e acrescentando a necessidade de uma proteção especial do Poder Público quanto aos documentos, as obras e aos locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas. Apesar de declarar que as artes, as ciências e as culturas eram livres e que a liberdade de expressão é um direito garantido, o art. 153 § 8º da Constituição de 1967, referente aos direitos e garantias fundamentais, expressa que não seriam toleradas publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, bem como as classificadas como "subversão da ordem", demonstrando o caráter subjetivo do controle cultural. Alcançando o auge da Ditadura Militar, a Emenda Constitucional de 1969 não trouxe mudanças diretas ao tema cultural, porém, alicerçada por outros dispositivos normativos como o Ato Institucional nº 5 (AI-5/1968) e a Lei de Imprensa (5.250/67), buscou reforçar as medidas repressivas, reduzir ainda mais a liberdade de expressão e promoveu os horrores ditatoriais mundialmente reconhecidos daquele período, tais quais a censura, a repressão, a restrição e o controle das expressões culturais brasileiras.

A Constituição de 1988, vigente no país, lidou com a temática cultural de forma muito mais extensa e acolhedora. Ao contrário de seus precursores, o texto constitucional dedicou uma seção

exclusivamente para a matéria da cultura, expressando exatamente as medidas estatais cabíveis para a proteção, apoio, valorização, promoção e incentivo das manifestações culturais. Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, a partir da influência da Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da tendência mundial que levaria a Convenção nº 169[153], a CRFB/88 preza pelas manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, que compõem fortemente a estrutura artística, histórica e civilizatória do país e foram, durante muitos séculos, criminalizadas ou ignoradas pelo Estado. Definiu-se os patrimônios culturais brasileiros como os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, incluindo as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, os objetos, os documentos, as edificações destinadas às manifestações artísticos culturais e, por fim, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e cientifico.

Ademais, outra inovação mencionada na Lei Maior é o estabelecimento do Plano Nacional de Cultura e do Sistema Nacional de Cultura, ambos com regulamentos mais especificados presentes em leis infraconstitucionais[154]. O Plano Nacional, de duração plurianual, detém o objetivo de desenvolver culturalmente o país, protegendo, valorizando, promovendo e democratizando o patrimônio cultural brasileiro. O Sistema Nacional de Cultura é regido pelo caráter integrador e interativo, conectando políticas, programas e projetos desenvolvidos no país, dando autonomia aos Estados, ao Distrito

153 Instrumentos internacionais que buscaram regulamentar a nível mundial os direitos das populações indígenas e tribais. O primeiro citado foi adotado em 1957 e o segundo em 1989, trazendo as atualizações necessárias. Ambos foram assinados e implementados pelo Brasil.

154 A Lei nº 12.342/2010 rege o Sistema Nacional de Cultura e, consequentemente, o Plano Nacional de Cultura. Outros dispositivos normativos relevantes dentro da temática são o Decreto nº 5.998 e o Decreto nº 7.637 Decreto nº 9.165

Federal e aos Munícipios para organizarem seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias. Outrossim, o Sistema detém um fundo particular de financiamento das questões culturais demandadas.

Em uma perspectiva mundial, os Estados começam a efetivamente construir legislações que buscam regular e proporcionar cidadania cultural ao corpo social após o fim da Segunda Guerra Mundial (WWII), visualizando a cultura não mais como um mero lazer dos mais abastados, mas como um ramo essencial, digno da classificação de direito fundamental. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, foi um marco incentivador e apoiador para o fortalecimento dos direitos culturais nas constituições mundo afora, com seu cerne visualizado no artigo 27 do referido documento, no qual se estabelece que todo ser humano "tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico [...]".

Além da DUDH, a cultura é reafirmada como fundamental, direta ou indiretamente, em pelo menos duas dezenas de tratados, convenções, declarações e recomendações emitidas nas últimas décadas, desde o fim da WWII, com impactos de magnitude diversa. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ICCPR/1966) reconheceu no art. 15 os benefícios que derivam do domínio cultural e o direito que cada indivíduo detém de participar da vida cultural. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2001, reitera no art. 1 que "a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza" e responsabiliza a UNESCO [155] como uma instância de referência e articulação entre os Estados, os organismos internacionais governamentais e não-governamentais, a sociedade civil e o setor privado para a elaboração conjunta de conceitos, objetivos e políticas em favor da diversidade cultural. Já em 2003, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial inovou na conceituação do patrimônio cultural

155 Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. A agência se destacou grandemente na preservação e promoção da cultura e da diversidade cultural.

imaterial, estabelecendo que, esse produto cultural se transmite de geração em geração e é muito relevante na construção de um sentimento identitário.

3 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL, CIDADANIA CULTURAL E AS COMPREENSÕES E PARADIGMAS DA CULTURA

Em obra recentemente traduzida para o português, Michael Rosenfeld descreve como deve ocorrer a construção da identidade constitucional, servindo-se das teorias do sujeito de Freud e Lacan e a teoria filosófica do sujeito em Hegel. Para Rosenfeld, a identidade constitucional só pode ser construída através do confronto com o outro, o que exigiria, em um primeiro momento, a negação de outras múltiplas identidades que permeiam o contexto social- como a cultural, étnica, religiosa- em um segundo momento, o reencontro, a fim de construir positivamente a identidade constitucional, reencontro este que não significaria um mero confronto com as identidades anteriormente descartadas, mas seria uma ação dirigida pelos diversos sujeitos constitucionais, responsáveis por filtrarem os elementos necessários e formar uma identidade constitucional capaz de unir e vincular o multifacetado eu com a multiplicidade de outros. Por outro lado, o responsável pela elaboração dessa identidade constitucional não seria somente as entidades públicas legitimadas a criar e/ou interpretar a norma constitucional, como os representantes parlamentares ou a Corte Constitucional; o sentido da Constituição deveria ser permanentemente construído por todos aqueles que vivenciam a Constituição.

Na visão do autor, tanto a existência, bem como o lugar do sujeito só podem ser compreendidos se partirmos da interrelação entre o eu e o outro. O sujeito de Hegel e de Lacan emerge por direito próprio e requer uma mediação em busca de sua identidade. Em ambos os casos, a confiança inicial do sujeito em relação à sua identidade se mostra alienante à medida que demostra uma sujeição inicial do eu

ao outro. Se em um primeiro momento esse discurso parece não se adequar à identidade do sujeito constitucional, em um segundo momento observa-se a sua semelhança, já que o Constituinte tem que usar um discurso constitucional a fim de fazer do texto constitucional localizado em seu contexto próprio um lugar que une e vincula o multifacetado eu constitucional com a multiplicidade de outros. Entretanto, como esse texto constitucional é aberto a finalidades outras e sujeito a alterações ao longo do tempo, a identidade constitucional passa a ser reconstruída continuamente e o sujeito dessa identidade passa a recorrer, permanentemente, a esse texto.

Não há um único sujeito constitucional - cada um é uma parte da identidade constitucional que por isso não pode ser resumida aos constituintes ou aos destinatários da norma ou ainda aos seus intérpretes. A identidade do sujeito só pode ser compreendida através da intersubjetividade circunscrita pelo texto constitucional. A identidade constitucional só pode ser concebida por esse sujeito parcial que deve construi-la a partir de fragmentos díspares que parecem projetados em um passado e em um futuro incertos.

A relação estabelecida entre a identidade constitucional e outras identidades existentes em uma sociedade (nacional, a étnica, a cultural, a religiosa) é apresentada dentro da lógica de coordenação, no sentido de que aquela deve incorporar essas, num constante processo de assimilação e rejeição, ainda que parcialmente, a fim de tornar-se viável dentro do seu ambiente sociopolítico. Assim, a identidade constitucional apresenta-se como aberta, complexa, parcial e incompleta, permanentemente reconstruída, já que a própria Constituição é um texto vivo que deve ser construído num processo constante e dinâmico.

A Constituição, assim, apresenta-se de forma viva, cujo sentido é reconstruído, de forma permanente, por todos os intérpretes da Constituição. A reconstrução oferece a possibilidade de recombinação dos novos elementos que são introduzidos na identidade constitucional pela interpretação da Constituição, seja porque não existiam antes, seja porque conseguiram romper com os elementos anteriores.

Essa teoria, esboçada por Rosenfeld, parece ser adequada ao paradigma constitucional – o Estado Democrático de Direito – a exigir formas jurídicas capazes de operarem em uma sociedade marcantemente complexa, caracterizada pela descentralização e pela existência de uma pluralidade de formas de vida, e pela existência de um dissenso conteudístico. Tal modelo paradigmático clama pela efetivação da cidadania, que não se reduz a participação do indivíduo em procedimentos eleitorais válidos- conceito de cidadania propício às concepções do Estado Liberal-, nem está à espera de condições materializantes que seriam ofertadas por um Estado que não cumpriu as suas promessas- o Estado de bem-estar social. No paradigma do Estado Democrático de Direito, os indivíduos já estão emancipados e podem manifestar as suas diferentes percepções em uma porosa esfera pública.

Assim, observa-se a possibilidade de diálogo entre a cidadania cultural, promovida nos espaços coletivos das instituições de ensino cultural pelos seus múltiplos atores, e a edificação de uma identidade constitucional tal qual proposta por Rosenfeld, pois capaz de romper com ciclos uniformizadores, violentos e excludentes.

De aspecto inovador e primário, a Constituição de 1988, apelidada de "Constituição Cidadã", contempla a ideia de cultura de maneira extensa e globalizante, visando a construção de uma identidade nacional diversa e a preservação do patrimônio cultural. Segundo Pereira,

> [...] pode-se dizer que cultura corresponde ao conjunto de técnicas de produção, doutrinas e atos, passível de apreensão pela convivência ou ensino. É um caráter mais universalista. Sob este enfoque, toda forma humana de estar no mundo, todo modo de existência, transmitido de uma geração a(s) outra(s), constitui cultura. Todo esse aparato contribui para a identificação do conceito constitucional de cultura com horizontes mais amplos (Pereira, 2008, p. 11).

As identidades nacionais dos países ocidentais foram construídas ao longo dos séculos de forma que buscavam mascarar os inícios violentos de cada uma dessas nações, evidenciando uma falsa e construída "glória", ou então uma "nostalgia" de um passado dito como ilustre. A partir dos ensinamentos e estudos de Stuart Hall (1992), considera-se que a maior parte dos países são compostos por culturas completamente diversas e plurais, que foram dominadas e silenciadas através das conquistas imperialistas impetuosas em detrimento do branco conquistador. O ocidente "[...] não tem qualquer nação que seja composta de apenas um único povo, uma única cultura ou etnia. As nações modernas são, todas, híbridas culturais" (Hall, 1992, p. 62).

Dentro de um recorte brasileiro, é evidente que as elites vigentes, dominadoras do poder cultural, buscaram assemelhar-se à identidade nacional dos colonizadores europeus e dos norte-americanos, reprimindo e evitando qualquer expressão que seja minimamente racializada. Como já anteriormente posto, a CRFB/88 abraçou as manifestações culturais indígenas, afro-brasileiras e populares. Provavelmente, a intenção do constituinte foi conservar, respeitar e abrir espaço para que essas expressões culturais pudessem adquirir voz e respirar sozinhas, mediante políticas públicas propicias, superando o histórico de legislações opressoras e excludentes[156].

Por intermédio da ação e manipulação dessas elites, que apelam para o controle e a submissão de grupos socialmente, economicamente e racialmente inferiorizados, muito se discutiu o quão cultural é uma manifestação marginalizada, como os bailes de comunidade, as giras da umbanda ou as rodas de samba. Essa discussão comprova que, mesmo hoje, décadas após a inauguração da garantia constitucional, existe uma tentativa elitista e racista, com o apoio da grande mídia e da classe média, de categorizar a cultura brasileira dentro de vieses de uma produção que visa à uniformização, proposta por uma perspectiva ainda colonizadora. O próprio Estado, com motivações

156 Código Penal de 1890, com artigos que criminalizam a capoeira e as religiões de matriz africana; Lei de Vadiagem (nº 3.688/1941) que tinha o intuito de recolher os "malandros" e "vadios".

excludentes e historicamente preconceituosas, diversas vezes inibe e censura às manifestações periféricas, por meio de aparato policial repressivo e descabido. A elitização, neste caso, é um fator excludente da diversidade presente no país e trabalha através do nichamento da cultura e restrição dela, impedindo que o direito constitucionalmente garantido tenha sua efetivação posta.

A partir do final do século XX até o momento vigente, o planeta vivencia um processo denominado como globalização, que estremeceu as estruturas do esquema das identidades nacionais "unificadas" e "coesas", proposto pelas elites. De acordo com Mc Grew,

> [...] a globalização se refere àqueles processos, atuantes numa escala global, que atravessam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo, em realidade e em experiência, mais interconectado (*apud* Hall, 1992, p. 67).

As identidades nacionais, devido ao processo globalizante, vêm perdendo espaço para uma cultura planetária homogênea. Esse sistema denominado como *homogeneização da cultura*, busca a ocidentalização mundial, exportando os valores, o cotidiano, as prioridades e as mercadorias dos "antigos" colonizadores, presentes no polo ocidente do planeta. Do outro lado da história, está a cultura "exótica" ou "alienígena", provinda dos colonizados, que é mercantilizada de maneira desenfreada (Robins, 1991). Coloca-se à venda um "supermercado cultural" extremamente fluido e acelerado, em que se consome diversas identidades de diversos lugares do mundo e, quando o público se cansa, o capital a elimina através da falta de incentivos e transfere seu foco para uma nova expressão cultural.

Logo, tratar a promoção à cultura como um produto obriga que os eventos e as produções sigam os desejos do mercado que, por muitas vezes, esvaziam seus significados e sua autenticidade, além de excluir

e desprezar o que não é considerado lucrativo. Dentro desse processo de massificação, os maiores culpados do esvaziamento das culturas locais são a mídia mundial, as empresas multinacionais, os governos negligentes e o mercado como um todo, que trabalha globalmente e busca uniformizar a cultura, desrespeitando suas particularidades, suas características e apagando, pouco a pouco, a identidade cultural plúrima, numa busca incansável e injusta por lucro.

A mercantilização dos materiais culturais os transformou em produtos restritos e, por vezes, inalcançáveis para o sujeito brasileiro. Nessa perspectiva, a colonização do saber, denunciada em teorias que se fundamentam em epistemologias decoloniais (Santos, 2010), acabam por impactar os processos de criação, difusão e acesso à cultura.

Conforme Oliveira,

> A crítica da falta de efetividade dos direitos humanos, dentre eles os culturais, e a precária promoção da diversidade cultural têm raízes nas estruturas econômicas do sistema capitalista e na lógica da política neoliberal, que geram, ou ao menos influenciam decisivamente, a exclusão social e a desigualdade (Oliveira, 2014, p. 149).

No artigo 216 da CRFB/88, a partir do inciso 1, regulamenta-se os deveres do Estado quanto a preservação e promoção da cultura, considerando as burocracias legais e procedimentos cabíveis. A avaliação das políticas públicas dos últimos anos aponta para a marginalidade com que a cultura é tratada, seja pelo esvaziamento e redução de ministérios, incentivos monetários e políticas públicas, que são essenciais para garantir o exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, assim como indicado no artigo 215 do dispositivo constitucional.

Dito isso, é preciso combater essa posição de ataque à identidade e à cultura de magnitude mundial através de um pensamento decolonial

e antirracista, compreendendo que a história do Brasil foi construída a partir de um sincretismo social e as manifestações indígenas, afro-brasileiras e populares são alicerces culturais da nação e não podem, nem devem, em hipótese alguma, serem descredibilizadas ou invisibilizadas.

4 A UNIVERSIDADE COMO FOMENTADORA DA CULTURA

Como já exposto anteriormente, as Universidades entram na roda do fomento do direito à cultura como agentes significativos e pertinentes. Através das atividades universitárias, essas instituições são capazes de adentrar a produção, distribuição, consumo, curadoria, veiculação, pesquisa, preservação e crítica do material cultural nacional (Albino, 2023, p. 3). Tais ações tem capacidade de atingir toda a comunidade universitária, ou seja, não apenas professores e alunos, como também funcionários, familiares, moradores da região, ex-alunos, ex-professores, dentre outros. Essa extensa abrangência de público-alvo permite o consumo e a efetivação do direito à cultura por grupos que possivelmente, se não estivessem em comunicação direta ou indireta com as Universidades, não teriam tido contato com esses materiais, seja por efeito dos processos de elitização ou de massificação da cultura, vivenciados pela população de classe média e baixa nas últimas décadas.

Na visão de Albino (2019), as Universidades públicas brasileiras vêm demonstrando um patamar científico e cultural expressivo, sendo instituições que formalizam uma presença cultural ativa, além de serem espaços de resistência contra autoritarismos e propiciadores do processo democrático. Para o autor, toda atividade educativa é cultural, apontando-se a confluência dos processos educacionais e a construção da cidadania cultural.

Atualmente, em território brasileiro, as Universidades priorizam a promoção da cultura em âmbito extensionista e acabam por negligenciar esse potencial dentro da pesquisa e do ensino. Tal

escolha é um erro, já que restringe o fomento à apenas um exercício universitário e desperdiça toda a qualidade presente nas outras duas esferas do ensino superior, que são capazes de participar do ciclo dinâmico da cultura da mesma forma e proporção que a prática da extensão. É importante destacar que, no plano regulatório, especialmente considerando o Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior, SINAES, os instrumentos de avaliação institucional de cursos e de instituições apresentam indicadores culturais, demonstrando a importância do reconhecimento das instituições de ensino como elemento fundante para a promoção da cidadania cultural. O potencial encobrimento da percepção da cultura entre estudantes pode levar à um sub reconhecimento das diversas ações realizadas pela instituição.

As políticas culturais iniciam-se com um diagnóstico da região na qual atuarão, buscando definir as metas, o orçamento, os desafios, as diretrizes, o levantamento de pessoal capacitado e competente, com designação de bolsistas, voluntários, professores e profissionais da área, além de organizar todo o plano cultural no qual se propõe a cumprir.

A partir desse passo, coloca-se o planejamento em prática, através de ações, exibições, programas, peças, eventos, sejam congressos, espetáculos, simpósios, saraus, campeonatos, concursos, conferências, festas, seminários e outros. Importante ressaltar que o trabalho do plano de cultura não se encerra por aí: o ponto final surge da avaliação e da supervisão, averiguando se as metas foram alcançadas e qual magnitude o projeto obteve. A partir dessa averiguação, é possível apontar os próximos passos e corrigir os erros e as incorreções. As políticas culturais

> requerem legislações, normas e rotinas e mobilizam recursos institucionais, materiais, legais, humanos e financeiros. Toda esta plêiade de esforços visa desenvolver a dimensão simbólica da sociedade; atender as necessidades culturais da população;

> assegurar cidadania e direitos culturais e possibilitar hegemonia para manter ou transformar a vida societária. Elas voltam-se destacadamente para a dimensão organizativa da dinâmica cultural. As políticas culturais obedecem, de modo explicitado ou não, um ciclo de planejamento, execução, acompanhamento e avaliação (Albino, 2023, p. 9).

De forma geral, hoje as políticas culturais universitárias sul-americanas, sobretudo as brasileiras, foco do presente estudo, ainda são tímidas, pouco incentivadas e respiram por meio de aparelhos. Mesmo assim, é adequado citar alguns notórios exemplos que provocaram e provocam certo efeito: a Rede de Formação e Qualificação em Cultura, uma experiência baiana de um conjunto de universidades federais e estaduais, e o Programa de Ação Cultural (ProAC), experiência da Universidade de São Paulo (USP).

A Rede trabalhou com discussões, encontros e desenvolvimento de cursos que pudessem acender um diálogo amplo, entre toda a comunidade universitária, sobre o acesso à cultura no país e a implementação de políticas culturais mais eficientes, a partir da promoção de capacitação de profissionais no espaço da cultura. Promoveu encontros com mais de 300 profissionais, periodicamente, buscando ampliar e consolidar o campo cultural universitário. Essa ampliação ocorreu principalmente por meio do estabelecimento de campus e centros voltados para a cultura, por exemplo o Centro de Cultura, Linguagens e Tecnologias Aplicadas da Universidade Federal do Recôncavo Baiano (UFRB).

Já o Programa de Ação Cultural (ProAC) visa expandir o espaço acadêmico cultural para professores, alunos, artistas externos e outros componentes da comunidade, permitindo que a população tenha acesso à cultura gratuitamente ou por meio de preços populares. O Programa promove uma série de eventos, seja concertos, shows, peças e muito mais. Essa iniciativa conseguiu fortalecer os laços entre

a sociedade e a universidade, além de propiciar a integração entre diversos cursos e áreas de conhecimento.

Apesar dos exemplos bem-sucedidos, o viés cultural das Universidades brasileiras vem sendo deixado de lado, negligenciado e reduzido. O descaso, sucateamento e desmembramento das políticas culturais, tanto em instituições públicas quanto em privadas, são consequências de um movimento reacionário e radical desenvolvido no Brasil nos últimos 10 anos, a partir do clima de ódio e polarização política, que buscou descredibilizar e deslegitimar o trabalho das Universidades, indicando-os como supérfluos e inúteis. Tal pensamento também se embasa em uma lógica neoliberal, que se dedica a defender a produção econômica, a atuação livre do mercado e o lucro acima de qualquer princípio ou direito anteriormente garantido. Ministérios foram desestruturados, orçamentos significativamente reduzidos ou até mesmo cortados e o acesso à cultura e ao lazer tornou-se um luxo, um privilégio.

Em um cenário de discussões acaloradas sobre constitucionalismo abusivo e erosão democrática no Brasil, a percepção da cultura enquanto elemento fundante da construção da cidadania pode demonstrar-se como uma baliza relevante para a manutenção dos pressupostos definidos pelo constitucionalismo democrático, inaugurado pela CRFB/88, já que a cultura tem um papel central na elaboração de um tecido social que caminhe a partir dos pilares da redução das desigualdades, da justiça, da difusão dos valores de uma sociedade democrática e plural, tal como apregoa Oliveira (2014).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CRFB/88 instituiu o constitucionalismo democrático e a compreensão de cultura, enquanto direito fundamental, precisa ser observada à luz desse paradigma fundante. Dessa forma, a cultura tem correlação direta com a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade à diferença e do direito à educação.

Nesse contexto, concepções que buscam uniformização e padronização, que direcionam a elitização de alguns processos culturais e a marginalização de tantos outros, não se coadunam com a tessitura constitucional estabelecida em 1988, no Brasil. A revisão da literatura aponta para a necessidade de reconhecer a multiplicidade de atores dos processos culturais e de libertar as concepções culturais de classificações limitadoras, ora subordinadas aos indicadores do mercado, ora destinadas à subvalorizar ou caricaturizar alguns processos culturais como inferiores. Assim, a elitização e o nichamento da cultura não dialogam com a diversidade proposta pela CRFB/88, o que acaba por esvaziar os múltiplos processos criativos existentes da pluralidade daqueles que vivem e constroem, cotidianamente, a Constituição.

Por sua vez, dentro do papel que deve ser desempenhado pelas instituições de ensino superior à luz da legislação que rege o SINAES, é importante demarcar o papel das Universidades como espaços coletivos privilegiados de promoção da cidadania cultural através dos seus diversos processos acadêmicos no campo da pesquisa, do ensino e da extensão. Observa-se, da análise da literatura jurídica, que as Universidades têm tradição de articular os processos culturais às ações de extensão, limitando-os em relação à pesquisa e ao ensino. Assim, é preciso descortinar esse horizonte, compreendendo que a formação oriunda da tríade ensino-pesquisa-extensão deve ser capaz não só de promover o direito à cultura no paradigma destacado, como também empoderar os múltiplos sujeitos da comunidade acadêmica como corresponsáveis pela construção destes processos culturais.

É nesse horizonte que a identidade cultural (múltipla, diversa, não restrita a padrões homogeneizadores) é capaz de dialogar com a identidade constitucional estabelecida pela CRFB/88.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBINO CANELAS RUBIM, A. **Universidade, cultura e políticas culturais**. Revista de Educação Popular, Uberlândia, MG, p. 6-17, 2019.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. RDA, v. 217, jul./set., 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5**. Dispõe sobre medidas de caráter excepcional, visando à manutenção da ordem e da segurança nacional, de 13 de dezembro de 1968.

BRASIL. **Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

BRASIL. **Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937.

BRASIL. **Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL. **Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto nº 5.998**. Cria o Sistema Nacional de Cultura e dá outras providências, , de 28 de novembro de 2006.

BRASIL. **Decreto nº 7.637.** Institui o Sistema Nacional de Cultura e aprova o Plano Nacional de Cultura, de 23 de dezembro de 2011.

BRASIL. **Decreto nº 9.165.** Aprova o Sistema Nacional de Cultura e o Plano Nacional de Cultura, de 28 de novembro de 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 1 (1969). Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969.

BRASIL. **Lei nº 5.250.** Regula a atividade de imprensa e estabelece normas sobre o direito de resposta, entre outras disposições. de 9 de fevereiro de 1967.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANEDO, Daniele. **´´Cultura é o quê? ´´ - Reflexões sobre o conceito de cultura e a atuação dos poderes públicos.** IV ENECULT. Faculdade de Comunicação/UFBA, Salvador, BA, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais**, vl. 1, n.º, Belo Horizonte, jan./1999, p. 473-486.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CHAUI, Marilena. **Cidadania cultural - o direito à cultura**. São Paulo: Fundação Perseu Abamo, 2021.

CORBO, Wallace de Almeida. **Identidade Constitucional: conceito, (trans)formação e crise**. Tese (Doutorado em Direito, Cidadania, Estado e Globalização) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2020.

COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira**. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

DWORKIN, Donald. **Taking rights seriously**. Bloomsbury, 2002.

FERNANDES, Natália Morato. **A cultura como direito: reflexões acerca da cidadania cultural**. Semina: Ciências Sociais e Humanas, Londrina; v. 32, n. 2, p. 171 – 182, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A.Fabris, 1997.

HALL, Stuart. **The question of cultural identity**. Open University Press, 1992.

OLIVEIRA, Danilo Júnior. **Direitos fundamentais e políticas públicas: os marcos normativos do sistema nacional de cultura**. 2014. Tese de doutorado. Faculdade de Direito, USP. São Paulo, 2014.

OMMATI, José Emilio. **Uma teoria dos Direitos Fundamentais**. Conhecimento, 2021.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ICCPR).** Nova Iorque: 16 de dezembro de 1966.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 107.** Sobre os povos indígenas e tribais. Genebra: 26 de junho de 1957.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169.** Sobre povos indígenas e tribais em países independentes. Genebra: 27 de junho de 1989.

PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do Constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n.º 28, jul./set. 1999, p. 109-127.

PEREIRA, Julio Cesar. **O conceito de cultura na Constituição Federal de 1988**. IV ENECULT. Faculdade de Comunicação/UFBA, Salvador, BA, 2008.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. Os paradigmas constitucionais: o princípio da igualdade e o direito à educação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n.º 148, p. 2521-257, out./dez. 2000.

ROBINS, Kevin. **Tradition and translation: national culture in its global context**. Londres: Routledge, 1991.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAID, Edward W. **Cultura e imperialismo**. Companhia das Letras, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. MENEUSES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul.** São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, Franklin L. **Reflexões sobre o conceito e a função da universidade pública**. Estudos avançados. 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. Malheiros, 2001.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural.** Paris: 2 de novembro de 2001.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**. Paris: 20 de outubro de 2005.

O DIREITO SUBJETIVO À MORADIA E SUA OPONIBILIDADE JURÍDICA: ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STF NO RE 928902

THE SUBJECTIVE RIGHT TO HOUSING AND ITS LEGAL ENFORCEABILITY: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT'S POSITION ON THE EXTRAORDINARY APPEAL N. 928902

Gabriel Queiroz de Camargo [157]

Maria Tereza Fonseca Dias[158]

Resumo: O artigo analisa o direito subjetivo à moradia e sua oponibilidade jurídica na jurisprudência do STF, em especial no RE 928902. Este direito, essencial para a dignidade humana exige proteção judicial. O trabalho visa compreender os mecanismos de exigibilidade do direito à moradia, considerando a legislação nacional e análise jurisprudencial. Com esta análise poder-se-á identificar padrões, tendências e lacunas na proteção jurídica, bem como a interpretação dos magistrados em diferentes contextos. Utilizando como referencial a teoria de Hohfeld sobre direitos subjetivos, investigou-se a natureza jurídica do direito à moradia diante das divergências da literatura específica sobre o tema. A metodologia combina pesquisa teórica e empírica, esta última com análise qualitativa do caso julgado no STF que tratou da imunidade tributária recíproca relacionada ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR). O artigo busca contribuir para o aprimoramento do exercício do direito fundamental à moradia adequada.

157 Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Email: gabrielqueirozcamargo@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1798395023053894.

158 Mestre e Doutora em Direito Administrativo. Professora Associada do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Email: mariaterezafdias@yahoo.com.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8213163806340232.

Palavras-chave: Direito à Moradia; Poder Judiciário Brasileiro; Jurisprudência; Direitos Subjetivos; Programa de Arrendamento Residencial (PAR).

Abstract: This paper analyzes the right to housing and its legal enforceability in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (STF), particularly in appeal (RE 928902). This right, essential to human dignity, requires judicial protection. The study aims to understand the enforcement mechanisms of the right to housing, considering national legislation and a case law analysis. Through this analysis, it will be possible to identify patterns, trends, and gaps in legal protection, as well as judicial interpretations in different contexts. Using Hohfeld's basic components of rights ("the Hohfeldian incidents") as theoretical framework, the study investigates the legal nature of the right to housing in light of the doctrinal divergences on the subject. The methodology combines theoretical and empirical research, involving a qualitative analysis of the STF case on reciprocal tax immunity related to the Residential Leasing Program (PAR). The paper seeks to contribute to improving the exercise of the fundamental right to adequate housing.

Keywords: Right to Housing; Brazilian Supreme Court; Jurisprudence; Subjective Rights; Residential Leasing Program (PAR).

1 INTRODUÇÃO

Reconhecido como um dos pilares essenciais na promoção da dignidade humana, o direito à moradia transcende a mera ocupação de um espaço físico, abrangendo a garantia de condições de vida digna, incluindo infraestrutura básica, segurança e integração social. A tutela efetiva deste direito pelo sistema judicial é crucial para mitigar disparidades socioeconômicas, criando um ambiente propício para a vivência digna e igualitária entre todos os cidadãos.

No cenário internacional, bem como no contexto constitucional brasileiro, o direito à moradia é reconhecido não apenas como prerrogativa fundamental, mas também como imperativo ético e jurídico. Sua proteção não se limita a assegurar a segurança contra despejos arbitrários ou a regularização fundiária; implica também a implementação de políticas públicas que facilitem o acesso universal a moradias adequadas. Nesse contexto, o papel primordial do Poder Judiciário reside na interpretação e aplicação das normas legais de modo a garantir a todos condições habitacionais adequadas, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e equitativa. É preciso, contudo, identificar se o controle judicial do direito à moradia pelo Poder Judiciário brasileiro o identifica como direito subjetivo e como se dá sua oponibilidade.

A concretização efetiva do direito à moradia no Brasil enfrenta desafios significativos decorrentes de complexas questões socioeconômicas e políticas. A desigualdade no acesso à terra urbana e rural, a especulação imobiliária desenfreada, a ausência de políticas habitacionais adequadas e a carência de infraestrutura básica são obstáculos frequentes na efetivação deste direito fundamental (Bonduki, 2008). A rápida urbanização no contexto socioeconômico brasileiro tem promovido o crescimento desordenado das cidades, resultando na expansão de áreas urbanas informais e em irregularidades fundiárias que afetam milhões de indivíduos. As precárias condições habitacionais nessas áreas frequentemente expõem os residentes a situações de vulnerabilidade extrema, privando-os do acesso adequado a serviços essenciais como água potável, saneamento e transporte público (Saule Júnior, 2004).

Neste cenário, o controle judicial do direito à moradia pelo Poder Judiciário brasileiro assume relevância primordial, diante de sua oponibilidade jurídica e natureza como direito subjetivo. Reconhecido como fundamento essencial para a dignidade humana, o direito à moradia vai além da simples ocupação de um espaço físico, englobando condições dignas de vida. Sua efetiva proteção judicial

é, portanto, crucial para reduzir desigualdades socioeconômicas e promover oportunidades justas aos cidadãos.

Utilizando como referencial a teoria de Hohfeld sobre direitos subjetivos, investigou-se a natureza jurídica do direito à moradia a partir da literatura específica sobre o tema. A metodologia adotada integra pesquisa teórica e empírica, com a análise qualitativa do RE 928902, julgado pelo STF. Este recurso extraordinário aborda a imunidade tributária recíproca no contexto do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), criado pela União com o objetivo de garantir a efetividade do direito à moradia e reduzir as desigualdades sociais. A decisão oferece diretrizes essenciais para a compreensão dos limites e da aplicabilidade desse direito fundamental, especialmente em relação às ações do Poder Público. Assim, o artigo busca contribuir para o aprimoramento do exercício do direito fundamental à moradia adequada.

2 DESAFIOS SOCIOECONÔMICOS E POLÍTICOS NA EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA

O direito à moradia configura-se como prerrogativa fundamental, estabelecendo-se como imperativo ético e constitucional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Sua relevância transcende o mero aspecto habitacional, abrangendo dimensões essenciais à cidadania e à qualidade de vida. Reconhece-se que a garantia desse direito não se limita à proteção contra despejos arbitrários ou à regularização fundiária, mas envolve também a implementação de políticas públicas destinadas a assegurar o acesso universal a habitações dignas. Nesse contexto, é função precípua do Poder Judiciário interpretar e aplicar as normas legais de maneira a assegurar a todos os indivíduos condições habitacionais adequadas, contribuindo assim para a construção de uma sociedade inclusiva e equitativa (Silva, 2012).

A compreensão do controle judicial do direito à moradia pelo Poder Judiciário brasileiro envolve não apenas a análise de seus

fundamentos jurídicos e constitucionais, mas também a consideração dos desafios práticos em sua efetivação. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º (Brasil, 2024), estipula o direito social à moradia como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Essa consagração constitucional implica não só na responsabilidade estatal de promover políticas habitacionais, mas também na obrigação do Judiciário de garantir a proteção efetiva do direito fundamental à moradia adequada.

Com a Emenda Constitucional nº 26, de 2000 (Brasil, 2024), a moradia foi incorporada ao rol dos direitos sociais positivados na Carta Constitucional (art. 6º, *caput*). Ressalte-se que a habitação é parte integrante dos direitos fundamentais do cidadão, impondo ao Estado a obrigação e responsabilidade de protegê-la. Conforme José Afonso da Silva, os direitos sociais "disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto" (Silva, 2012, p.183).

Assim, de acordo com Sarlet (2009), esses direitos sociais, caracterizados como prestações positivas, devem ser implementados pelo Estado, configurando-se como direitos de segunda dimensão que visam concretizar a igualdade substancial na busca por melhores condições de vida. Silva (2012) também considera que os direitos sociais contidos na Constituição Federal são direitos fundamentais e, portanto, possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º) (Brasil, 2024).

Esses direitos podem ser implementados, em caso de omissão do legislador, por meio das técnicas de controle, como o mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Carta Magna brasileira ressalta a importância da habitação ao reconhecer a casa como asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI), eleger a moradia como necessidade vital básica do trabalhador e de sua família para justificar o percebimento do salário mínimo (art. 7º, IV), atribuir competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para legislar sobre programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais (art. 23, IX), e conferir à moradia condição imprescindível para a aquisição da propriedade urbana por usucapião (art. 183) (Brasil, 2024).

É fundamental diferenciar o direito de propriedade do direito à moradia, visto que a moradia é direito autônomo, com proteção e objeto próprios, podendo ser requisito para a aquisição da propriedade, como no caso da usucapião especial constitucional (art. 183) (Brasil, 2024). O direito à moradia deve assegurar local adequado para proteger a si e a sua família contra intempéries, independentemente do título ou da forma como se opera tal direito (Silva, 2012). Sem espaço para desfrutar de intimidade e privacidade, essencial para vida com saúde e bem-estar mínimos, a pessoa não terá sua dignidade assegurada, tampouco uma vida com qualidade, e muitas vezes não terá sequer garantida a existência física e, portanto, o direito à vida (Sarlet, 2009).

Nelson Saule Júnior destaca que a satisfação do direito à moradia implica a coexistência de três elementos: segurança, paz e dignidade. O autor afirma que o núcleo básico do direito à moradia é constituído por esses elementos. Situações de violência urbana, como as ações de organizações criminosas e conflitos armados em favelas, bem como invasões domiciliares por agentes de segurança pública, são evidentes formas de violação do núcleo básico do direito à moradia (Saule Júnior, 2004).

No Brasil, a propriedade privada é frequentemente valorizada em detrimento do interesse social, o que, aliado à especulação imobiliária, promove a segregação urbana e a mercantilização do espaço urbano. Esse cenário resulta na existência de milhões de famílias sem moradia ou vivendo em condições precárias, à margem das políticas públicas de desenvolvimento urbano. A falta de local digno para viver afeta diretamente a educação, o emprego, a saúde e os direitos da personalidade do indivíduo (Milagres, 2011). Em suma, essa realidade contraria a dignidade da pessoa humana, uma vez que o indivíduo passa a ser um meio, e não um fim, como preconiza o Estado Democrático de Direito.

A realidade socioeconômica do Brasil impõe obstáculos à plena concretização do direito à moradia, agravando as desigualdades sociais e a vulnerabilidade de grupos marginalizados. A intervenção judicial torna-se essencial para garantir justiça social e equidade no

acesso à moradia. A ineficácia estatal na promoção desse direito social compromete a cidadania plena e fere o princípio da proporcionalidade, ao proporcionar proteção insuficiente aos direitos fundamentais, justificando, assim, ações de controle de constitucionalidade (Sarlet, 2010).

O Estado deve agir de forma positiva, implementando políticas públicas voltadas à habitação por meio de programas de ação governamental que concretizem o direito fundamental à moradia, atuando na ordem econômico-social. Não basta que o Estado reconheça constitucionalmente o direito à moradia; é necessário que atue de forma proativa por meio de políticas públicas habitacionais efetivas (Bonduki, 2008).

A ausência de implementação dessas políticas deve oportunizar à sociedade e ao Poder Judiciário uma atuação mais positiva e impositiva, como agentes formuladores e fiscalizadores, pois apenas programas de governo não solucionam o problema da efetividade do direito à moradia adequada. O grande número de favelas e os eventos da natureza colocam em risco a vida das pessoas que ali residem, necessitando de mudanças efetivas voltadas à resolução dos problemas de infraestrutura. É essencial que haja políticas públicas perenes voltadas à moradia, não apenas programas de governo, pois esses são temporários, assim como os governos, enquanto o direito à moradia é permanente (Bonduki, 2008).

A jurisprudência pátria espelha tais dilemas ao deparar-se com casos complexos envolvendo disputas fundiárias, remoções compulsórias e a regularização de áreas ocupadas. Os tribunais frequentemente se veem diante de decisões que exigem a harmonização dos interesses individuais de posse com o interesse público de ordenamento urbano e desenvolvimento sustentável. A interpretação constitucional e a aplicação dos princípios basilares do direito à moradia mostram-se cruciais para a consecução de uma solução justa e equânime a todas as partes envolvidas (Carmona, 2023).

A eficácia dessas políticas depende não apenas de sua concepção, mas também da habilidade do Judiciário em garantir sua

implementação justa e eficaz. Em seu trabalho sobre a judicialização do direito à moradia, Andrade (2015) revela, por meio da análise da jurisprudência, avanços significativos na proteção desse direito, mas também aponta lacunas que demandam aprimoramento legislativo e político. A atuação do Poder Judiciário desempenha papel crucial ao fornecer subsídios para o desenvolvimento de políticas públicas mais eficazes e inclusivas. A compreensão das decisões judiciais, das interpretações constitucionais e das falhas na proteção jurídica do direito à moradia permite identificar problemas e propor soluções sustentáveis e equitativas, visando promover uma sociedade mais justa e solidária (Carmona, 2023).

A concretização do direito à moradia no Brasil depara-se com desafios significativos advindos de questões socioeconômicas e políticas complexas. Frente a tais desafios, o Poder Judiciário assume papel relevante na defesa e promoção do direito à moradia. Os mecanismos pelos quais este direito pode ser demandado perante o Judiciário brasileiro envolvem tanto a aplicação da legislação nacional quanto o cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país. A Constituição Federal consagra o direito social à moradia como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, incumbindo ao Judiciário a responsabilidade de assegurar sua efetivação mediante a análise de casos específicos e a emissão de decisões que garantam o acesso universal a condições dignas de habitação (Brasil, 2024).

A jurisprudência brasileira tem refletido o avanço dos direitos humanos, especialmente em casos envolvendo remoções compulsórias, regularização fundiária e o direito de permanência em áreas urbanas ocupadas. Tais casos ilustram a complexidade enfrentada pelos tribunais ao equilibrar interesses individuais e coletivos, além de direitos constitucionais e deveres estatais. Nesse cenário, a análise dos mecanismos judiciais de proteção do direito à moradia não se limita à interpretação das normas, mas também à capacidade do Judiciário em promover uma justiça social inclusiva. A criação de jurisprudência sólida e a aplicação equitativa desse

direito são fundamentais para fortalecer o Estado de Direito no Brasil (Mastrodi; Silva, 2012).

Os desafios para a efetivação do direito à moradia no país são complexos e arraigados em desigualdades socioeconômicas. A falta de acesso à terra e à habitação formal resulta em grande número de assentamentos informais, onde milhões de brasileiros vivem sem garantias legais de segurança habitacional, vulneráveis a despejos e remoções (Bonduki, 2008).

Superar esses desafios requer um esforço conjunto do Estado, da sociedade e do Judiciário para implementar políticas públicas inclusivas e sustentáveis. O acesso à justiça é mecanismo crucial para reivindicar o direito à moradia, por meio de ações que assegurem o cumprimento das normas constitucionais e legais. A análise jurisprudencial permite identificar tendências e padrões na interpretação e aplicação desse direito (Andrade, 2015).

Embora existam instrumentos legais para acesso à moradia, como a usucapião urbana, a concessão de uso especial e as zonas especiais de interesse social, esses métodos ainda não conseguem concretizar plenamente o direito à moradia. Para enfrentar esse desafio, o programa "Minha Casa, Minha Vida", estabelecido na Lei nº 11.977/2009, foi criado como a política habitacional mais significativa dos últimos anos. Gerido pelo Ministério das Cidades e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal (Brasil, 2024 b). No entanto, o programa enfrenta críticas, incluindo o tempo prolongado para a entrega dos imóveis, a abrangência limitada e a priorização da quantidade de moradias em detrimento da qualidade, afetando a dignidade dos beneficiários.

A falta de moradia para grande parte da população brasileira é exacerbada por políticas públicas ineficazes, custos elevados e a ausência de destinação específica de verbas no orçamento para programas habitacionais. Essa situação é agravada pela aplicação do princípio da "reserva do possível", que contrapõe o mínimo existencial, além do fato de que os imóveis acessíveis geralmente estão localizados em áreas distantes, gerando dificuldades para seus

moradores (Sarlet, 2010). A reserva do possível é frequentemente utilizada como argumento contrário à concretização dos direitos fundamentais, exigindo que as pretensões formuladas contra o Estado sejam analisadas com razoabilidade. Milagres (2011) argumenta que o Estado tem a obrigação de garantir a eficácia do direito à moradia, especialmente para indivíduos desprovidos de recursos econômicos mínimos.

A jurisprudência brasileira reflete a complexidade dessas questões, com decisões judiciais que frequentemente precisam harmonizar os interesses individuais de posse com o interesse público de ordenamento urbano e desenvolvimento sustentável. Casos emblemáticos envolvendo ocupações urbanas, remoções forçadas e direitos de comunidades tradicionais demonstram a sensibilidade e a responsabilidade dos tribunais na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos (Andrade, 2015). O protagonismo do Judiciário assume relevância inconteste para o avanço democrático e para a garantia da dignidade de milhões de brasileiros. A análise da jurisprudência desempenha um papel seminal na compreensão dos padrões e das tendências na proteção jurídica do direito à moradia pelo Poder Judiciário brasileiro (Carmona, 2023).

A moradia, como direito fundamental de segunda dimensão, visa promover a justiça social e a igualdade material (Sarlet, 2009). Além de assegurar liberdade positiva, também limita condutas ofensivas de entes estatais e particulares (Saule Júnior, 2004). O Estado-juiz, ao aplicar as normas jurídicas, deve considerar a relevância social do direito à moradia, especialmente em casos de conflito com outros direitos constitucionais. A proteção desse direito, alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana, exige que sua oponibilidade e natureza de direito subjetivo sejam resguardadas.

Os magistrados brasileiros enfrentam o desafio de interpretar o direito à moradia em diferentes contextos, equilibrando a legislação com princípios constitucionais e fatores sociopolíticos. Em áreas urbanas, a conciliação entre o direito de propriedade e o direito à

moradia é essencial, especialmente em áreas ocupadas irregularmente ou com interesses imobiliários em conflito.

Ademais, a relação entre o poder público e a sociedade, incluindo movimentos sociais e organizações não governamentais, influencia significativamente as decisões judiciais. Essas forças pressionam por uma interpretação mais inclusiva do direito à moradia e destacam violações que demandam uma resposta judicial mais ampla e equitativa.

Assim, como uma das funções do princípio da função social da propriedade urbana é garantir o acesso à habitação e a um lar digno, uma vez que não existe vida digna sem moradia, percebe-se que um dos caminhos para a efetivação desse princípio social é a atuação do cidadão, individualmente ou por meio da sociedade civil, cobrando as políticas públicas ao Estado. Além disso, o papel do Poder Judiciário no controle e fiscalização dos demais poderes é crucial no que se refere às políticas públicas, com o objetivo de concretizar o direito social à moradia e alcançar a cidadania plena.

3 DESAFIOS PARA O CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO AO DIREITO À MORADIA ADEQUADA

3.1 DIVERGÊNCIAS SOBRE A NATUREZA DO DIREITO À MORADIA

Os direitos sociais, assim como todos os direitos fundamentais, impõem obrigações de respeito, proteção e satisfação. A Constituição Federal determina que as normas relativas aos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (Silva, 2012). No entanto, há debates doutrinários sobre a aplicabilidade imediata, com alguns argumentando que essa aplicabilidade se restringe apenas aos direitos descritos no art. 5º. Apesar disso, a literalidade sugere que se aplica a todos os direitos fundamentais (Brasil, 2024).

Direitos que requerem prestações positivas do Estado são geralmente classificados como normas de eficácia limitada, com aplicabilidade mediata e eficácia reduzida (Silva, 2012). No entanto, a crescente relevância das normas programáticas tem promovido uma aplicação direta e imediata desses direitos, em desacordo com a teoria clássica. Negar a eficácia imediata a direitos constitucionais essenciais compromete sua função fundamental e sua natureza como direitos fundamentais (Mastrodi; Silva, 2012; Carmona, 2023).

A análise da jurisprudência evidencia padrões na proteção do direito à moradia, sublinhando lacunas que demandam intervenção judicial, especialmente no que tange à efetivação de decisões relativas à regularização fundiária em áreas urbanas informais (Mastrodi; Silva, 2012).

Existem divergências doutrinárias acerca da autoaplicabilidade do direito à moradia. Alguns autores, como Saule Júnior (2004), sustentam que, embora o direito à moradia seja norma programática, ele impõe deveres imediatos tanto aos agentes públicos quanto à sociedade, não permitindo sua violação. Por outro lado, Milagres (2011) argumenta que o direito à moradia deve ser compreendido como prestação positiva, condicionada à disponibilidade de recursos e às escolhas políticas do Estado, caracterizando-o como um direito sob a "reserva do possível".

Saule Júnior (2004) também defende que as normas relacionadas ao direito à moradia possuem aplicação imediata e eficácia plena. O Estado deve implementar políticas públicas que garantam o acesso à habitação, especialmente para os mais pobres. Embora não se exija que o Estado forneça moradia para todos, é imperativo desenvolver políticas que assegurem o acesso ao mercado habitacional para indivíduos em condições precárias.

A aplicação imediata das normas referentes ao direito à moradia exige a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos que restrinjam ou discriminem esse direito, prevenindo a regressividade (Sarlet, 2010). Além disso, envolve o uso de garantias constitucionais, como mandado de segurança e ações civis públicas, para assegurar

a proteção e a implementação das medidas necessárias à plena realização do direito à moradia.

Questões socioeconômicas e políticas complexas demandam abordagem judicial que considere as realidades locais. Em contextos urbanos, decisões judiciais frequentemente equilibram interesses conflitantes, como o direito à propriedade e o direito à moradia digna. A jurisprudência, portanto, pode incorporar princípios de desenvolvimento urbano sustentável e inclusão social, promovendo uma resolução mais integrada dos conflitos habitacionais.

3.2 CARÁTER PROGRAMÁTICO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Embora o direito à moradia seja frequentemente classificado como direito social por estar enumerado no artigo 6º da Constituição, sua importância confere-lhe características de imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade e universalidade. Esse direito exige reconhecimento robusto de sua natureza essencial e proteção eficaz no ordenamento jurídico (Silva, 2012).

O Judiciário brasileiro tem evoluído para reconhecer que o direito à moradia transcende a mera posse física de um imóvel, abrangendo condições adequadas de infraestrutura, acesso a serviços básicos e integração social nas comunidades (Mastrodi; Silva, 2012). Decisões recentes evidenciam a necessidade de políticas públicas que promovam a inclusão social e reduzam disparidades socioeconômicas, possibilitando interpretação mais abrangente e progressista do direito à moradia (Bonduki, 2008).

É fundamental distinguir essa análise do ativismo judicial. A Constituição Federal de 1988 estabelece que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (§ 1º, art. 5º) (Brasil, 2024). O papel do Judiciário é assegurar a efetividade dos preceitos constitucionais, sem substituir as funções do Executivo e Legislativo, mas exigindo o cumprimento das obrigações

constitucionais quando esses poderes falham em sua implementação (Sarlet, 2010).

O princípio da reserva do possível não deve servir como obstáculo para a efetivação judicial do direito fundamental à moradia digna, especialmente quando o Estado falha em cumprir suas obrigações primárias de maneira satisfatória. Utilizar o princípio da reserva do possível para desconsiderar completamente a eficácia dos direitos sociais é inadequado. A teoria da reserva do possível deve ser abordada considerando a disponibilidade real dos recursos necessários para a efetivação dos direitos sociais fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que está vinculada à definição das prioridades na alocação de receitas públicas, e a proporcionalidade e razoabilidade da prestação, com ênfase na sua exigibilidade (Sarlet, 2010).

A questão da disponibilidade fática dos recursos é amplamente debatida, dado que no Brasil as demandas sociais são elevadas e os recursos públicos são limitados. Nesse cenário, a universalização dos serviços não é sempre viável; a atenção deve ser dirigida aos indivíduos que demonstram carência financeira. É necessário, portanto, avaliar a razoabilidade da universalização da prestação, considerando os recursos disponíveis e o princípio da isonomia (Andrade, 2015).

Entretanto, a realidade dos tribunais brasileiros evidencia complexidades na efetivação do direito à moradia. A interpretação e aplicação desse direito exigem não apenas uma análise das normas legais e constitucionais, mas também uma consideração dos aspectos socioeconômicos e políticos que afetam diretamente a disponibilidade e o acesso à moradia digna. Nesse contexto, o controle judicial desempenha papel crucial, enfrentando divergências jurisprudenciais, lacunas na legislação e desafios na implementação de políticas públicas eficazes (Carmona, 2023).

O debate sobre a tutela judicial do direito à moradia ilustra o dilema enfrentado pelos juízes entre atuar como agentes de transformação social ou como meros solucionadores de conflitos de interesse. A tutela judicial emerge da necessidade de proteger o

"mínimo existencial", um conjunto essencial de direitos fundamentais, incluindo o direito a um "teto decente".

Além disso, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), são relevantes para a interpretação global do direito à moradia e para informar o contexto nacional. Milagres (2011) observa que o direito à moradia, como um direito fundamental de segunda geração, requer implementação gradual através de políticas públicas, não se vinculando diretamente à concessão imediata de um imóvel. Embora o direito à moradia esteja ligado à dignidade humana e à proteção da privacidade, possui autonomia como um bem jurídico independente. A relativização da indisponibilidade dos direitos de personalidade na sociedade contemporânea demonstra que, apesar da comercialização de aspectos da imagem e da voz, esses direitos continuam a manter sua essência como direitos fundamentais.

3.3 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL: RESERVA DO POSSÍVEL E TRIPARTIÇÃO DE PODERES

No âmbito judicial, o magistrado deve determinar que o Poder Público forneça, em prazo razoável, moradia digna para a família envolvida ou para casos semelhantes. O juiz deve analisar detalhadamente o orçamento público, especificando a rubrica de onde o recurso será alocado. Caso o orçamento seja insuficiente, a análise deve se estender aos orçamentos estadual e federal, conforme necessário, considerando, por exemplo, a reavaliação de gastos com publicidade. Dessa forma, a efetiva disponibilidade dos recursos para assegurar o direito à moradia digna é garantida (Barroso, 2013).

No que diz respeito à disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que se relaciona com a definição das prioridades na alocação de receitas públicas, deve-se reconhecer que uma família em extrema vulnerabilidade deve ter prioridade, sem violar

o princípio da igualdade. A aplicação da reserva do possível não deve comprometer o mínimo existencial, pois a proporcionalidade da prestação e a razoabilidade da pretensão individual frente ao Estado são evidentes. Assim, a reserva do possível não deve impedir a efetiva tutela do direito fundamental à moradia digna, especialmente quando o Estado falha em cumprir suas responsabilidades básicas de forma adequada (Andrade, 2015).

Em suma, o controle judicial do direito à moradia no Brasil requer uma análise que vá além das normas legais e constitucionais, incorporando uma compreensão das condições sociais, econômicas e políticas que afetam o acesso à moradia digna. O fortalecimento do papel do Judiciário é crucial para garantir a proteção e promoção desse direito, contribuindo para uma sociedade mais justa e igualitária.

Para uma compreensão mais detalhada da natureza jurídica do direito à moradia e sua aplicação pelo Poder Judiciário, recorreu-se à teoria de Wesley Newcomb Hohfeld (1913) sobre direitos subjetivos, utilizada para analisar o RE 928902. Essa teoria oferece uma estrutura analítica clara para entender as relações jurídicas, contribuindo para demonstrar como o direito à moradia, embora seja um direito social e programático, pode e deve ser efetivamente protegido no sistema jurídico brasileiro.

4 A TEORIA DAS POSIÇÕES JURÍDICAS DE WESLEY NEOCOMB HOHFELD APLICADA AO DIREITO À MORADIA

Neste estudo, a teoria de Wesley Newcomb Hohfeld sobre direitos subjetivos é adotada como referencial analítico para investigar a natureza jurídica do direito à moradia no contexto do Judiciário brasileiro (Hohfeld, 1913). Hohfeld categorizou as relações jurídicas em direitos, deveres, privilégios, não-direitos, poderes, submissões, imunidades e incapacidades, fornecendo uma base sólida para compreender a interpretação e aplicação do direito à moradia pelos tribunais.

Hohfeld distingue entre direitos que antecedem o direito positivo e que devem ser reconhecidos por este, como sustentado pela teoria dos direitos naturais, e aqueles que só adquirem existência após serem formalmente instituídos pelo ordenamento jurídico (Freire, 2017). Na perspectiva de Hohfeld, os direitos subjetivos são definidos exclusivamente pelo direito objetivo, ou seja, pelo ordenamento jurídico positivo. Assim, um direito subjetivo só existe na medida em que é prescrito pelo ordenamento jurídico, conferindo ao titular a capacidade de exigir judicialmente as ações ou omissões previstas pela norma (Hohfeld, 1913).

Ao aplicar a teoria de Hohfeld (1913) ao direito à moradia, verifica-se que, apesar de sua formalização na Constituição, este direito não é considerado judicialmente exigível da mesma forma que os direitos de primeira dimensão. Assim, um direito (*right*) implica que seu titular (A) possui a capacidade de exigir algo de outra parte (B), a qual tem o dever correspondente de respeitar esse direito. No caso do direito à moradia, isso sugere que tanto o Estado quanto outras entidades têm a obrigação de garantir e respeitar esse direito fundamental.

Contudo, o direito à moradia, embora reconhecido constitucionalmente, enfrenta limitações significativas quanto à sua exigibilidade judicial. Os direitos sociais, como o direito à moradia, necessitam da promulgação de leis e regulamentos específicos para sua efetivação. Esses direitos dependem de ações estatais positivas, manifestadas através de políticas públicas voltadas à redistribuição de benefícios e à redução das desigualdades estruturais. A limitação dos recursos públicos e a falta de interesse político em expandir esses recursos frequentemente tornam a concretização desse direito desafiadora (Freire, 2017).

Além disso, a teoria de Hohfeld distingue entre privilégios (*privileges*) e não-direitos (*no-rights*). Um privilégio confere a A a liberdade de agir ou se abster de agir de uma determinada maneira, sem que B tenha um direito correlato. Em contraste, um não-direito implica que A não está vinculado a um dever específico em relação a B, e B não possui um direito correspondente. Essas distinções são

pertinentes na análise das relações jurídicas envolvendo o direito à moradia, especialmente em disputas sobre propriedade, desocupação forçada ou regularização fundiária. Hohfeld (1913) também aborda poderes (*powers*) e submissões (*inabilities*). Um poder confere a A a capacidade de alterar as posições jurídicas de B, que está sujeito à submissão a esse poder. Por exemplo, em decisões judiciais que determinam a regularização de áreas ocupadas irregularmente, o Estado exerce seu poder para garantir o direito à moradia em conformidade com as políticas públicas e diretrizes constitucionais.

Hohfeld discute imunidades (*immunities*) e incapacidades (*disabilities*). A imunidade protege A contra a interferência de B em suas posições jurídicas, enquanto a incapacidade impede B de alterar essas posições de A. A aplicação da abordagem de Hohfeld permite a compreensão mais detalhada da natureza jurídica do direito à moradia no contexto do Poder Judiciário brasileiro. Analisando como os tribunais interpretam e aplicam esses direitos à luz das categorias propostas por Hohfeld, é possível identificar padrões, tendências e desafios na proteção jurídica dos direitos fundamentais relacionados à moradia (Hohfeld, 1913).

Em disputas sobre desocupações forçadas em áreas urbanas informais, por exemplo, a necessidade de equilibrar o direito à propriedade com o direito à moradia digna torna evidente a distinção entre poderes e submissões: o Estado detém o poder de regulamentar e ordenar desocupações, enquanto os direitos dos indivíduos à moradia devem ser respeitados e protegidos. As decisões judiciais que legitimam ocupações coletivas como expressões válidas do direito à moradia refletem visão ampliada desse direito, que considera não apenas a titularidade formal da propriedade, mas também as necessidades sociais e econômicas das comunidades afetadas. Essa interpretação contribui para uma jurisprudência que reconhece as realidades socioeconômicas do Brasil e o fato de que o direito à moradia é subjetivo e complexo. A análise jurisprudencial também revela tendências emergentes na proteção jurídica do direito à moradia (Freire, 2017). As decisões que enfatizam a necessidade de

políticas públicas eficazes indicam um movimento em direção a uma abordagem mais colaborativa e integrada na promoção desse direito fundamental. Essas tendências são cruciais para a formulação de políticas públicas que respeitem os direitos humanos e promovam a justiça social, assegurando igualdade de acesso à moradia digna para todos os cidadãos.

A abordagem jurisprudencial revela a adoção de distintas naturezas jurídicas do direito pelos tribunais brasileiros na apreciação das questões relacionadas ao direito à moradia. Os magistrados interpretam este direito não apenas como um direito individual, mas também como um direito coletivo, englobando aspectos fundamentais da dignidade humana e do bem-estar social. Essa interpretação expandida tem implicações significativas para a formulação e execução de políticas públicas destinadas a garantir o acesso universal a moradias adequadas (Freire, 2017).

Um aspecto crucial do controle judicial do exercício do direito à moradia adequada é a identificação das deficiências na legislação e na aplicação das normas podem resultar em vulnerabilidades significativas para comunidades marginalizadas e indivíduos de baixa renda, que enfrentam constantes ameaças de despejo coercitivo e restrições ao acesso a serviços básicos.

Além disso, a jurisprudência destaca a importância de considerar princípios constitucionais e fatores sociopolíticos na interpretação do direito à moradia. Os tribunais enfrentam o desafio de equilibrar o direito à propriedade privada com a necessidade de promover políticas públicas que garantam o direito fundamental à moradia para todos. Isso envolve a avaliação de medidas como a regularização fundiária, a implementação de políticas de habitação social e a proteção dos direitos das comunidades tradicionais e povos indígenas (Freire, 2017).

Compreender a complexidade e os desafios enfrentados na proteção do direito à moradia pelo Poder Judiciário brasileiro à luz da teoria de Hohfeld e dos princípios constitucionais de direitos humanos oferece uma visão abrangente e crítica das dinâmicas jurídicas envolvidas. Os tribunais desempenham papel fundamental

na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde o direito à moradia é não apenas reconhecido, mas efetivamente garantido a todos os cidadãos brasileiros. Essa abordagem permite examinar as correlações entre direitos e deveres envolvidos nos casos judiciais relacionados à moradia, enriquecendo a compreensão das práticas judiciais e das implicações sociais desse direito fundamental.

Na análise da reivindicação do direito à moradia por um indivíduo, os tribunais devem considerar não apenas a oponibilidade jurídica desse direito, mas também os correlatos deveres que recaem sobre outros sujeitos de direito, como o Estado ou proprietários privados. A próxima seção do artigo abordará a análise jurídica do Recurso Extraordinário (RE) 928902, elucidando aspectos adicionais dessa temática.

5 ANÁLISE DO RE 928902 SOB A ÓTICA DA TEORIA DAS POSIÇÕES JURÍDICAS DE HOHFELD

Conforme desenvolvido na seção 3 deste artigo, a teoria de Hohfeld distingue diferentes modalidades de relações jurídicas que foram tomadas como referência a análise do RE 928902.

Ao se deparar com a reivindicação do direito à moradia por um indivíduo, os tribunais devem não apenas considerar a oponibilidade jurídica desse direito, mas também os correlatos deveres que recaem sobre outros sujeitos de direito, como o Estado ou proprietários privados. Nesse contexto, não se trata apenas da proteção do direito de posse, mas também do dever correlato de evitar discriminação com base em condições socioeconômicas ou outras categorias protegidas (Freire, 2017).

A análise jurídica do Recurso Extraordinário (RE) 928902[159], julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), à

159 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 928.902**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 17 out. 2018. Publicação: 12 set. 2019:
RE 928902
Órgão julgador: Tribunal Pleno

luz da teoria das posições jurídicas de Hohfeld (1913), revela aspectos cruciais sobre a exigibilidade jurídica e o reconhecimento da existência de um direito subjetivo à moradia no Brasil.

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES
Julgamento: 17/10/2018
Publicação: 12/09/2019
Repercussão Geral – Mérito (Tema 884)
Ementa
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL – PAR. POLÍTICA HABITACIONAL DA UNIÃO. FINALIDADE DE GARANTIR A EFETIVIDADE DO DIREITO DE MORADIA E A REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIAS GOVERNAMENTAIS. INEXISTÊNCIA DE NATUREZA COMERCIAL OU DE PREJUÍZO À LIVRE CONCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. Os fatores subjetivo e finalístico da imunidade recíproca em relação ao Programa de Arrendamento Residencial estão presentes, bem como a estratégia de organização administrativa utilizada pela União – com a utilização instrumental da Caixa Econômica Federal – não implica qualquer prejuízo ao equilíbrio econômico; pelo contrário, está diretamente ligada à realização e à efetividade de uma das mais importantes previsões de Direitos Sociais, no caput do artigo 6º, e em consonância com um dos objetivos fundamentais da República consagrados no artigo 3º, III, ambos da Constituição Federal: o direito de moradia e erradicação da pobreza e a marginalização com a redução de desigualdades sociais. 2. O Fundo de Arrendamento Residencial possui típica natureza fiduciária: a União, por meio da integralização de cotas, repassa à Caixa Econômica Federal os recursos necessários à consecução do PAR, que passam a integrar o FAR, cujo patrimônio, contudo, não se confunde com o da empresa pública e está afetado aos fins da Lei 10.188/2001, sendo revertido ao ente federal ao final do programa. 3. O patrimônio afetado à execução do Programa de Arrendamento Residencial (PAR) é mantido por um fundo cujo patrimônio não se confunde com o da Caixa Econômica Federal, sendo formado por recursos da União e voltado à prestação de serviço público e para concretude das normas constitucionais anteriormente descritas. 4. Recurso extraordinário provido com a fixação da seguinte tese: TEMA 884: Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal.
Tema
884 - Imunidade tributária recíproca em relação ao IPTU incidente sobre bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da Caixa Econômica Federal, mas que não se comunicam com o patrimônio desta, porque integrados ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, criado e mantido pela União, nos termos da Lei 10.188/2001.
Tese
Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal.

O Recurso Extraordinário (RE) 928902, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), aborda a imunidade tributária recíproca aplicada ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR), uma iniciativa da União para promover o direito à moradia e combater a desigualdade social. O STF decidiu que o fundo vinculado ao PAR, administrado pela Caixa Econômica Federal (CEF), é imune ao Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). A imunidade decorre do fato de que os bens do fundo são destinados exclusivamente à prestação de serviço público e não se confundem com o patrimônio da CEF.

A competência da União para criar e manter programas habitacionais é um reflexo do dever constitucional de assegurar o direito à moradia, conforme previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Esta competência se materializa na estruturação do fundo do PAR e na parceria com a CEF, responsável pela operacionalização do programa. A decisão do STF reforça que a União deve garantir a efetividade desse direito, reconhecendo a imunidade tributária dos bens do fundo para assegurar a destinação exclusiva dos recursos à política habitacional.

A teoria das posições jurídicas de Hohfeld (1913) oferece referencial analítico útil para entender esta decisão do STF. Segundo Hohfeld, os direitos subjetivos conferem ao titular a capacidade de exigir a realização de um dever específico. No contexto do RE 928902, o direito à moradia é classificado como um direito subjetivo, permitindo aos beneficiários exigir do Estado a implementação de políticas habitacionais eficazes. A decisão do STF confirma que esse direito não é meramente uma garantia constitucional abstrata, mas obrigação concreta que pode ser judicialmente exigida.

Além disso, a imunidade tributária reconhecida para os bens do fundo do PAR demonstra o compromisso do STF em proteger os recursos destinados à política habitacional. Os arrendatários do PAR gozam do privilégio de residir nos imóveis sem a carga tributária do IPTU, enquanto os municípios não têm a competência para tributar esses bens. Isso assegura que os recursos permaneçam integralmente

voltados à promoção do direito à moradia, evitando desvios e garantindo a efetividade das políticas públicas habitacionais.

Portanto, a decisão do STF, à luz da teoria de Hohfeld, confirma a existência do direito subjetivo à moradia no Brasil, evidenciando a necessidade de uma estrutura jurídica robusta para proteger e efetivar esse direito. A imunidade tributária concedida aos bens do fundo do PAR reforça a importância de assegurar que os recursos sejam utilizados exclusivamente para o atendimento das necessidades habitacionais da população, promovendo a justiça social e o bem-estar dos cidadãos.

Para uma compreensão abrangente da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) 928902, é essencial considerar tanto as implicações práticas quanto teóricas dessa decisão, especialmente no contexto das políticas públicas de habitação e à luz da teoria das posições jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld (1913).

A decisão do STF reafirma a importância das políticas públicas de habitação ao conceder imunidade tributária aos bens vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR). Este reconhecimento jurídico assegura que os recursos destinados ao PAR sejam utilizados exclusivamente para seus objetivos originais, sem a interferência de tributos que poderiam comprometer a eficácia e a sustentabilidade do programa. Tal medida demonstra o compromisso do Poder Judiciário com a efetivação dos direitos sociais consagrados na Constituição, promovendo a estabilidade e a confiança nos programas habitacionais governamentais.

Segundo Hohfeld (1913), a imunidade tributária pode ser vista como uma forma de "imunidade" dentro do seu esquema de posições jurídicas. No caso do PAR, a imunidade tributária protege os bens destinados ao programa contra a tributação municipal, assegurando que os fundos sejam integralmente aplicados em sua finalidade principal, a promoção da moradia digna. Essa proteção é essencial para a eficácia das políticas habitacionais e para a confiança pública nas iniciativas governamentais.

Além disso, a análise das posições jurídicas de Hohfeld revela a interdependência dos diversos atores na execução das políticas habitacionais (1913). A União, ao instituir e manter o PAR, assume dever para com os beneficiários do programa, que têm o direito subjetivo à moradia adequada. Essa relação de direito e dever é fundamental para a concretização do direito à moradia, com cada posição jurídica (direito, dever, poder, submissão, imunidade) desempenhando papel crucial na proteção e efetivação desse direito.

A decisão do STF no RE 928902, ao reconhecer a imunidade tributária dos bens vinculados ao PAR, não apenas fortalece o direito subjetivo à moradia, mas também estabelece um modelo claro para a estruturação das políticas públicas. Este modelo contribui para maior segurança jurídica, promovendo uma abordagem mais eficaz na proteção dos direitos sociais e na realização de uma sociedade mais justa e igualitária, conforme os princípios constitucionais.

Portanto, a decisão do STF reflete uma robusta aplicação dos princípios jurídicos e sociais, evidenciando a importância de uma estrutura jurídica adequada para assegurar a efetividade dos direitos sociais e a confiança nas políticas públicas habitacionais.

6 CONCLUSÃO

O direito à moradia é um direito fundamental reconhecido internacionalmente e consagrado na Constituição brasileira, essencial para garantir não apenas um espaço físico de habitação, mas também uma vida digna e segura integrada à sociedade. Este estudo analisou o papel crucial do Poder Judiciário brasileiro na efetivação deste direito, focando na sua oponibilidade jurídica, na natureza de direito subjetivo e nos desafios enfrentados para sua concretização.

O trabalho demonstrou que a realização plena do direito à moradia no Brasil enfrenta profundas complexidades socioeconômicas e políticas. A urbanização desordenada e a especulação imobiliária contribuem para a expansão das áreas urbanas informais e perpetuam

irregularidades fundiárias, impactando milhões que vivem em condições precárias. A ausência de políticas habitacionais adequadas e a infraestrutura básica deficitária acentuam essas condições, dificultando o acesso às moradias dignas para as camadas mais vulneráveis da população.

A jurisprudência brasileira, embora desempenhe papel crucial na interpretação e aplicação das normas legais e constitucionais, revela inconsistências e disparidades que evidenciam a necessidade de uniformização na aplicação da legislação. A abordagem teórica de Hohfeld sobre direitos subjetivos forneceu um referencial robusto para entender as complexas relações jurídicas envolvidas, destacando a importância de equilibrar interesses conflitantes, como o direito à propriedade privada versus o direito à moradia digna.

Apesar dos avanços legislativos e das decisões judiciais progressistas, as lacunas na proteção jurídica do direito à moradia persistem, deixando muitas comunidades vulneráveis a despejos arbitrários e com acesso limitado a serviços básicos. A implementação de políticas públicas eficazes é imperativa para garantir este direito a todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica.

Em suma, o controle judicial do direito à moradia, conforme analisado no Recurso Extraordinário (RE) 928902, destaca desafios e oportunidades para fortalecer o Estado de Direito e consolidar os direitos humanos no Brasil. O papel do Judiciário é fundamental para garantir que o direito à moradia seja efetivado como um direito humano essencial. Superar esses desafios requer um esforço conjunto entre o poder público, a sociedade civil e o sistema judicial para assegurar que todos os brasileiros tenham acesso a moradias dignas e seguras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, D. de C. M. **O direito social à moradia versus políticas públicas voltadas à habitação: possibilidade de o Poder Judiciário aplicar a judicialização da política como forma de concretizar os direitos fundamentais**. Revista Direito Mackenzie**,** São Paulo, v. 9, n. 2, p. 28-44, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BONDUKI, Nabil. **Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula**. Arq. urb, n. 1, p. 70-104, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 07 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 928902**, Relator: Min. Dias Toffoli, 22 de setembro de 2016.

CARMONA, P. A. C. **A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial**. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 50-70, 2023. doi: 10.1234/rdi.2023.10.2.50-70.

FREIRE, André Luiz. **A teoria das posições jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld**. In: CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A.; FREIRE, A. L. (Coords.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP, v. 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/1/edicao-1/a-teoria-das-posicoes-juridicas-de-wesley-newcomb-hohfeld. Acesso em: 10 mar. 2024.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning**. The Yale Law Journal, v. 23, n. 1, nov., 1913.

MASTRODI, Josué; SILVA, Márcia Maria Carvalho da. O direito fundamental social à moradia e a teoria geral do direito. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, p. 145-162, out./dez. 2012.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 20, 2010.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: SAFE, 2004.

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

DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DE "CONSOLIDAÇÃO": ASPECTOS DA "DESDEMOCRATIZAÇÃO DA ECONOMIA" NO CAPITALISMO FINANCEIRIZADO

FROM THE SOCIAL STATE TO THE "CONSOLIDATION" STATE: ASPECTS OF THE "DE-DEMOCRATIZATION OF THE ECONOMY" IN FINANCIALIZED CAPITALISM

Thiago Lemos Possas[160]

Resumo: Este artigo pretende colocar em discussão a análise da relação entre democracia e economia, na atualidade, a partir de parte da produção acadêmica de Wolfgang Streeck após a crise de 2008. O foco principal é a evolução da relação entre Estado e capitalismo, desde o uso de processos inflacionários, passando pelo endividamento sistemático das nações para fazer frente às demandas de bem-estar social da população, até atingir a inversão deste processo, a partir do endividamento privado dos cidadãos (uma espécie de "keynesianismo privatizado"). Hoje, a hegemonia neoliberal e a configuração de um capitalismo financeirizado são a base do "Estado de consolidação", em que se vê um avançado processo de "desdemocratização econômica" e de substituição da influência política da cidadania pela ingerência de credores nos rumos políticos tomados pelos países soberanos. A parte final deste artigo buscará situar este debate sobre a desdemocratização da economia no contexto brasileiro recente, principalmente a partir de 2016, como exemplo de relativização da soberania popular para a viabilização de política econômica regressiva e intensificadora de desigualdades sociais.

Palavras-chave: Democracia; Soberania Popular; Economia; Desdemocratização; Estado de Direito.

160 Professor efetivo da Universidade Federal de Uberlândia (Faces/UFU). Bacharel (UFMG), Mestre (Unesp) e Doutor (USP) em Direito. Realiza estágio de pós-doutorado na Unesp (Franca/SP). Email: thiago.lemos@ufu.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4826879440503710

Abstract: This article aims to discuss the analysis of the relationship between democracy and the economy today, based on part of Wolfgang Streeck's academic production after the 2008 crisis. The main focus is the evolution of the relationship between the State and capitalism, from the use of inflationary processes, through the systematic indebtedness of nations to meet the demands of the population for social welfare, to the inversion of this process, based on the private indebtedness of citizens (a kind of "privatized Keynesianism"). Today, neoliberal hegemony and the configuration of a financialized capitalism are the basis of the "consolidation State", in which we see an advanced process of "economic dedemocratization" and the replacement of the political influence of citizens by the interference of creditors in the political directions taken by sovereign countries. The final part of this article will seek to situate this debate on the dedemocratization of the economy in the recent Brazilian context, mainly since 2016, as an example of the relativization of popular sovereignty to enable a regressive economic policy that intensifies social inequalities.

Keywords: Democracy; Popular Sovereignty; Economy; Dedemocratization; Rule of Law.

> "Tenhamos confiança, senhor presidente, a confiança é fundamental, Em quê, em quem, diga-me, Nas instituições democráticas, Meu caro, reserve esse discurso para a televisão, aqui só nos ouvem os secretários, podemos falar com clareza". *Ensaio sobre a lucidez* – José Saramago.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo pretende colocar em discussão a análise da relação entre democracia e economia, tendo como marco teórico principal parte da produção acadêmica de Wolfgang Streeck após a crise de 2008. Buscou-se fazer um mapeamento conceitual centrado nas

categorias teóricas trazidas pelo sociólogo alemão, em diálogo com outros autores que trataram de temáticas relacionadas.

O foco principal é a evolução da relação entre Estado e capitalismo, desde o uso de processos inflacionários, que permitiram uma falsa sensação de prosperidade geral, passando pelo endividamento sistemático das nações para fazer frente às demandas de bem-estar social da população, até atingir a inversão deste processo, a partir do endividamento privado dos cidadãos, que ficou conhecido como "keynesianismo privatizado". Hoje, a hegemonia neoliberal (política e ideológica) e a configuração de um capitalismo financeirizado são a base do "Estado de consolidação" teorizado por Streeck, em que se vê um avançado processo de desdemocratização econômica e de substituição da influência política da cidadania pela ingerência de credores nos rumos políticos tomados pelos países soberanos.

A parte final do texto tenta situar este debate sobre a desdemocratização da economia no contexto brasileiro recente, principalmente a partir de 2016, como exemplo de relativização de um dos pilares sagrados da democracia liberal, a soberania popular, para a viabilização de política econômica enquadrada em moldes neoliberais. Como tais políticas não receberam a chancela legitimadora nas eleições brasileiras de 2014, foi necessária a instauração de um procedimento juridicamente frágil de destituição presidencial para a imposição de políticas de flexibilização de direitos sociais e constrições orçamentárias inéditas. A hipótese é que a análise de Streeck também pode ser aplicável ao Brasil, pelo menos no estágio da "consolidação", já que nunca tivemos Estado de bem-estar social digno do nome.

O Estado de consolidação mostrou-se o hospedeiro ideal para a política "pós-democrática" ou para a "desdemocratização da economia". Os "sintomas mórbidos" que daí advieram dão adequada representação das possibilidades geradas pelo enfraquecimento dos regimes políticos e do abandono da tentativa de se vincular o capitalismo a algum grau de legitimidade democrática. Fenômenos políticos contemporâneos como a ascensão da extrema-direita em diversos países (Brasil incluído), acompanhada por processos mais ou

menos adiantados de corrosão democrática, parecem hoje plausíveis diante da imunização das instituições frente à vontade popular. O nível de destruição dos regimes de democracia liberal está diretamente associado à maior ou menor duração do "interregno" teorizado por Streeck. Mas seus sintomas mórbidos vieram para ficar.

2 CAPITALISMO EM EVOLUÇÃO: INFLAÇÃO, ENDIVIDAMENTO E CONSOLIDAÇÃO

Wolfgang Streeck (2018, p. 11), em "Tempo comprado", demonstra o aumento da desigualdade da distribuição de renda, a retração do crescimento econômico, a diminuição na participação política eleitoral, a perda de poder dos sindicatos e o arrefecimento das atividades grevistas pelos trabalhadores, desde a década de 1970 até os dias atuais, partindo do entrelaçamento entre o desenvolvimento capitalista e os impactos do neoliberalismo na democracia. Paralelamente, Streeck mostra o deslocamento dos "conflitos políticos distributivos" em três diferentes momentos históricos: do mercado de trabalho, no período por ele denominado "fase da inflação", para a política social, na "fase de endividamento estatal", até os adias atuais em que se vivencia a "era da financeirização", onde os conflitos se situam no mercado financeiro.

Antes de tratar de cada um desses períodos ou fases designadas por Streeck, cumpre definir melhor o título de um de seus principais trabalhos. "Comprar tempo" seria "a tradução literal de uma expressão inglesa: *buying time* – que significa adiar um acontecimento iminente, na tentativa de ainda o impedir". Streeck ressalta que não é necessário usar dinheiro para tanto, mas foi efetivamente o que ocorreu: o uso massivo de dinheiro para amainar conflitos sociais que poderiam gerar desestabilizações. Esta estratégia pacificadora se deu, primeiramente, a partir da inflação, depois pela aquisição de vultosas dívidas pelos Estados e, finalmente, na atual assunção das dívidas de nações e de

instituições financeiras privadas pelos Bancos Centrais (Streeck, 2018, p. 45).

Ou seja, sua proposta teórica é a de que a compreensão da crise do capitalismo atual (e o autor escreve poucos anos após a crise de 2008) passa necessariamente pelo entendimento dos desdobramentos desde a década de 1970. Desde então, o que ocorreu foi que "a histórica do capitalismo posterior aos anos 1970, incluindo as sucessivas crises econômicas ocorridas no período, é a trajetória da evasão do capital à regulação social que lhe foi imposta após 1945, mas que ele mesmo nunca desejou". O que ocorreu nos anos 1970, segundo Streeck, foi que "os proprietários e gestores do capital iniciaram uma longa luta por uma reestruturação profunda da economia política do capitalismo do pós-guerra", impactados que estavam pelos acontecimentos libertários de 1968 e o clima político transformador por eles inspirado, que reverberou em discursos políticos à época e em obras acadêmicas heterodoxas. Diante disso, "os proprietários e os dirigentes da economia começaram a concretizar o abandono de um regime que, após 1945 – apesar das experiências do período entre guerras –, lhes tinha permitido regressar às posições de comando da sociedade industrial" (Streeck, 2018, pp. 51, 67, 74-75).

Toda a política econômica de desregulamentação a partir de então atingiu, vai dizer o autor, não apenas o mercado de trabalho, mas cada vez mais também o de bens, serviços e capitais. Os governos esperavam, de um lado, o crescimento econômico e a diminuição da responsabilidade política, enquanto do lado do mercado o aumento da concorrência serviu de subterfúgio para a piora dos salários e das condições de trabalho. Houve, evidentemente, rápido crescimento da desigualdade econômica, enquanto os Estados do capitalismo central abdicavam cada vez mais "da responsabilidade pelo crescimento, pelo pleno emprego, pela segurança e pela coesão social, que haviam assumido em meados do século [XX], entregando, mais que nunca, a seguridade social dos cidadãos aos mercados" (Streeck, 2018, pp. 77-78).

O alardeado crescimento econômico não veio e a situação laboral se deteriorou, o que gerou uma "crise de legitimação", segundo o autor, "senão da economia capitalista, pelo menos da democracia parlamentar". Para enfrentar tal crise, a solução não foi a esperada: "recorreu-se, nomeadamente, a uma política monetária que acomodou os aumentos salariais que excediam o crescimento da produtividade, o que levou a taxas de inflação elevadas em todo o mundo, em especial na segunda metade dos anos 1970". O ardil utilizado para reduzir o conflito distributivo foi, destarte, a inserção de recursos adicionais que não estavam (ainda) disponíveis na forma de dinheiro "como algo real". A prestidigitação consistiu, segundo Streeck, no aumento aparente do montante a ser distribuído advindo da inflação, que criou um aparente aumento da prosperidade. O funcionamento deste truque monetário não durou, demandando, após a estagflação característica da metade da década de 1970, drásticas medidas de estabilização, a partir da ação dos bancos centrais e o aumento exorbitante de suas taxas de juros para contenção do processo inflacionário. Tais medidas somadas à recessão e ao desemprego trouxeram à tona, mais uma vez, o problema de legitimação do capitalismo (Streeck, 2018, pp. 79-81).

Claro está, segundo o autor, que houve a persistência do "abismo entre as promessas do capitalismo e as expectativas de sua clientela", "tendo [o abismo] de voltar a ser transposto politicamente, ainda que de modo provisório, em condições diferentes e por novos meios". A estratégia eleita foi a do endividamento público que, como anteriormente foi buscado através da inflação, confere ao governo a possibilidade de tentar atenuar os conflitos sociais a partir de recursos ainda não existentes, pois que serão gerados socialmente pelos contribuintes e cobrados pelo Estado a partir da tributação. Deste modo, repete-se o recurso ao sistema monetário, através das instituições financeiras que financiam as receitas a serem recebidas pelo Estado. O endividamento público foi a medida menos desgastante, na medida em que um aumento dos impostos seria politicamente arriscado. E o endividamento assegurou certa pacificação social, temporariamente. Nos anos 1990, ainda segundo Streeck, o peso orçamentário da dívida

pública começou a assombrar os governos, além de prejudicar a confiança dos credores na capacidade dos Estados em pagarem os montantes devidos. A solução, neste ponto, passou pelos cortes nos gastos sociais visando o equilíbrio orçamentário, com a ação precursora dos Estados Unidos de Bill Clinton, mas com a seguida adesão de vários outros países ocidentais, sob a batuta de organizações internacionais como a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e o FMI (Fundo Monetário Internacional) (Streeck, 2018, pp. 82, 84).

O próximo passo na tentativa de pacificação dos conflitos sociais pelo Estado foi, segundo Streeck, em sintonia com o ideário neoliberal: "a resposta consistiu numa nova injeção de solvência antecipada, por meio de uma segunda onda de liberalização dos mercados de capitais que permitiu e desencadeou um aumento rápido do endividamento privado", ou uma espécie de "keynesianismo privatizado" (Streeck cita a expressão cunhada por Colin Crouch[161]), que "substitui o endividamento público pelo endividamento privado como mecanismo de aumento de reserva da economia política no que diz respeito a recursos distribuíveis". Esta representaria, segundo o autor, "a última versão do preenchimento da lacuna das promessas do capitalismo tardio pós-guerra por meio de uma antecipação do poder de compra". Mas a crise do sistema bancário em 2008 trouxe o Estado novamente para a ação, com a incumbência de "limpar as ruínas da crise financeira e de restabelecer alguma ordem – tarefa que não pode ser, obviamente, privatizada", ressalta Streeck, numa autêntica promiscuidade entre recursos públicos e privados para

161 Segundo Colin Crouch (2009, p. 382): "There have now been two successive policy regimes since the Second World War that have temporarily succeeded in reconciling the uncertainties and instabilities of a capitalist economy with democracy's need for stability for people's lives and capitalism's own need for confident mass consumers. The first of these was the system of public demand management generally known as Keynesianism. The second was not, as has often been thought, a neo-liberal turn to pure markets, but a system of markets alongside extensive housing and other debt among low- and medium-income people linked to unregulated derivatives markets. It was a form of privatised Keynesianism. This combination reconciled capitalism's problem, but in a way that eventually proved unsustainable".

salvação dos bancos a partir da assunção, pelos poderes públicos, dos créditos podres das instituições financeiras em crise: "atualmente, é quase impossível distinguir o que é Estado e o que é mercado e se os Estados nacionalizaram os bancos ou os bancos privatizaram o Estado" (Streeck, 2018, pp. 84, 86, 87).

Streeck sintetiza a evolução nas tentativas de pacificação social e legitimação do sistema capitalista da seguinte forma:

> Em resumo: houve tempo comprado sob três formas e em três níveis sucessivos. O processo nos Estados Unidos, país líder do capitalismo moderno, é paradigmático. No início dos anos 1970, a inflação disparou, situando-se, em 1980, após fortes oscilações, em cerca de 14%. Atingiu-se, assim, o primeiro ponto de transição: a inflação foi suprimida e substituída pelo endividamento publico, que aumentou rapidamente até 1993. Em poucos anos, a política de consolidação orçamental do governo Clinton conseguiu baixar esse endividamento em mais de 10%; em compensação, isso acelerou a subida do endividamento privado. A primeira fase do desendividamento privado, graças, sobretudo, à insolvência, começou pouco antes do colapso da indústria financeira. Essa fase foi acompanhada de uma nova subida do endividamento público, com uma taxa de inflação que se aproximava do zero (Streeck, 2018, p. 87).

Fenômeno analisado detidamente pelo autor é o que ele chamou de passagem do Estado fiscal para o Estado endividado, quando o Estado passa contrair empréstimos para cobrir as suas despesas, em vez de honrá-las somente a partir do recolhimento dos tributos, de modo que suas receitas ficam cada vez mais atreladas ao pagamento de volumosas dívidas. E, talvez de forma contraintuitiva, o autor associa a formação deste Estado endividado às reformas neoliberais do poder público operadas a partir da década de 1990. Houve uma busca por consolidação das "finanças públicas por meio da privatização das

tarefas do Estado que haviam sido atribuídas ao longo do século XX", com a "devolução total ou parcial de cada vez mais funções estatais à sociedade, em especial à economia de mercado – desde os sistemas de pensões, passando pelos cuidados com a saúde e pela formação, até a responsabilidade pelo nível de emprego", sendo que esta "desestatização de amplas áreas de serviços de interesse geral tornou-se possível e justificou-se, em parte, pelo aumento do nível de bem-estar e de consumo das sociedades ricas", em paralelo à formação de uma nova modalidade de regime democrático, a ser aprofundada mais adiante (Streeck, 2018, pp. 118, 119).

A novidade no argumento do autor consiste na inversão operada na "chamada explicação *common pool* para endividamento do Estado, assim como a explicação dele pelo fracasso da democracia". Streeck afirma, a contrário senso, que este processo de endividamento do Estado não está associado a um pretenso excesso de democracia que possibilitou um aumento exponencial de reivindicações pelo povo, que impactou negativamente nas finanças públicas[162]. Este aumento nas demandas se deu, na verdade, por parte das classes altas, "cujos rendimentos e patrimônio aumentaram rapidamente nos últimos vintes anos, sobretudo devido às reduções de impostos a seu favor, enquanto os salários e as prestações sociais nos estratos inferiores da sociedade estagnavam ou até diminuíam". O autor afirma que o fracasso democrático neste período de transição liberal se deu, na verdade, na abdicação de regulamentação do setor financeiro, no não enfrentamento da contrarrevolução contra o capitalismo social do período pós-guerra, na não taxação das rendas e lucros do topo da pirâmide social, na tolerância da desigualdade social crescente e em não viabilizar a participação política dos segmentos sociais que poderiam frear a política fiscal favorável ao Capital (Streeck, 2018, pp. 119-120).

162 "Economic-institutionalist theories in the tradition of writers like James Buchanan attribute the increase in public debt since the 1970s to an inherent tendency of political democracy to overspend, caused by the short-sightedness of voters and the opportunism of politicians" (Streeck, 2013, p. 3).

Na verdade, o autor demonstra que o aumento do endividamento se deu em período marcado pela retração na participação política, no enfraquecimento dos sindicatos e nos cortes nos gastos com as políticas sociais[163]. Em síntese, "the rise of public debt – the arrival of the debt state – was part of a neoliberal revolution in the postwar political economy" (Streeck, 2013, p. 6):

> However, that the fiscal crisis was unlikely to have been caused by an excess of redistributive democracy can be seen from the fact that the buildup of government debt coincided with a decline in electoral participation, especially at the lower end of the income scale, and marched in lockstep with shrinking unionization, the disappearance of strikes, welfare-state cutbacks and exploding income inequality (Streeck, 2014, pp. 42-43).

3 A "HAYEKIZAÇÃO" DA ECONOMIA: O CAPITALISMO FINANCEIRO CONTRA A SOBERANIA POPULAR

Streeck também constatou que "a atual crise fiscal e a transição do Estado fiscal para o Estado endividado abriram nova fase na relação entre o capitalismo e a democracia, imprevista nas teorias tradicionais da democracia". A crise econômica mundial de 2008 aumentou substancialmente o endividamento das nações o que aumentou a desconfiança dos credores na capacidade de solvência dos Estados devedores (Streeck, 2018, pp. 123-124)[164]. Neste contexto, os credores

163 "The decay of popular participation in redistributive politics was reflected in, or associated with, a continuous loss in the distributional position of popular majorities. Unemployment increased everywhere as governments withdrew from the postwar promise of politically guaranteed full employment" (Streeck, 2013, pp. 4-5).

164 "The crisis of 2008, I suggest, marked the beginning of a new era in the politics of public debt, and generally in the relationship between global capitalism and the

intensificaram suas ações políticas para garantia da remuneração das dívidas, passando a figurar como uma "segunda classe de titulares de direitos e outorgantes de autoridade no Estado endividado para além dos cidadãos, que, no Estado fiscal democrático e na teoria tradicional da democracia, constituíam o único grupo de referência do Estado moderno" (Streeck, 2018, pp. 123-124). A crise, portanto, não seria da democracia, mas do capitalismo financeirizado: "the most dramatic leap in public indebtedness since the 1970s has been a case of failure, not of democracy but of capitalism, in particular in its new form of financial capitalism" (Streeck, 2013, p. 10).

O Estado democrático endividado, deste modo, passa a depender centralmente da confiança dos credores que nutrem, com os poderes públicos, uma relação contratual, de direito privado, contrariamente à posição dos cidadãos: "The politics of public debt may be conceived in terms of a distributional conflict between creditors and citizens. Both have claims on public funds in the form of contractual-commercial and political-social rights, respectively" (Streeck, 2013, p. 14).

> O Estado democrático governado pelos cidadãos e, enquanto Estado fiscal, alimentado por eles, transforma-se no Estado democrático endividado mal sua subsistência deixa de depender exclusivamente das contribuições dos cidadãos para passar a depender, em grande parte, também, da confiança dos credores. Ao contrário do povo do Estado do Estado fiscal, o povo do mercado do Estado endividado está integrado em nível transnacional. A única ligação que existe entre os membros do povo do mercado e os Estados nacionais é a dos contratos: estão ligados como investidores, não como cidadãos. Seus direitos

state system. As states accepted vastly increased indebtedness in order to rescue their national economies from the fallout of the collapse of the financial industry, investors in public debt appeared to become doubtful whether governments would ever be able to honor their unprecedented financial obligations, and whether public debt had reached a point where states would find it more in their interest to default than to pay up" (Streeck, 2013, p. 10).

> perante o Estado não são públicos, mas privados; não se baseiam numa constituição, e sim no direito civil (Streeck, 2018, p. 125).

Isto gera para o Estado uma posição de dependência em relação aos seus credores, caso queira cumprir suas tarefas diante de seu povo, pois serão aqueles que poderão negociar e refinanciar dívidas (públicas e privadas), permitindo a legitimação da ação estatal diante do cidadão. Se o Estado atender em demasia os interesses sociais, gastará recursos que poderão faltar no pagamento de seus credores, o que gerará, por sua vez, uma crise de confiança diante do poder público. Assim, mudou-se substancialmente a relação entre capitalismo e democracia, na medida em que os credores ("capital financeiro como um segundo povo – um povo do mercado, que rivaliza com o povo do Estado") passaram a influenciar a política diretamente, através de decisões ligadas ao financiamento do próprio Estado, gerando uma redução de fato das soberanias nacionais a partir do endividamento substancial dos países, que passam cada vez mais à batuta do capital financeiro. A democracia do Estado endividado, portanto, é ainda mais restrita que o habitual, a partir da hipertrofia das forças de mercado das quais dependem substancialmente os Estados abarrotados de dívidas, gerando um autêntico direito de preferência dos direitos dos credores em detrimento dos direitos sociais, em caso de crise, o que se cristaliza institucionalmente a partir de mecanismos constitucionais de impedimento do endividamento estatal[165], impondo as políticas de austeridade prejudiciais ao povo como medidas inescapáveis para a consecução do objetivo primordial que é a garantia orçamentária do pagamento dos créditos para o capital financeiro (Streeck, 2018, pp. 128-130).

Outro fator de extrema importância nesta mudança do Estado fiscal para o Estado endividado, ainda segundo Streeck, que amplifica o fenômeno da diminuição do controle democrático pela

165 Este tipo de mecanismo institucional será abordado na última parte deste texto, situando-o no contexto brasileiro recente.

população cidadã, é o fato de que a política deste Estado está cada vez mais internacionalizada, favorecendo o vicejar das políticas pós-democráticas e fazendo com que "o conflito entre o capitalismo e a democracia seja decidido durante muito tempo, senão para sempre, a favor do primeiro, dada a expropriação dos meios políticos de produção dos povos do Estado" (Streeck, 2018, p. 134). Neste novo concerto das relações políticas centradas no poder dos credores, resta à população se resignar diante dos cortes nas políticas sociais e ver ganhar preferência a "solidariedade" diante dos mercados:

> [N]ão há qualquer contradição no fato de o apoio prestado nem sequer chegar ao país em questão, mas ir diretamente para seus credores estrangeiros. No entanto, os países "resgatados", apesar ou precisamente por causa disso, têm de exigir de seus cidadãos cortes profundos no nível de vida, garantindo a confiança dos mercados financeiros no longo prazo, mas também para acalmar cidadãos dos Estados doadores, que têm igualmente de aceitar cortes nos orçamentos públicos e nas prestações sociais para financiar a solidariedade da comunidade dos Estados com os "mercados" (Streeck, 2018, p. 137).

Ou seja, a soberania nacional fica refém das ajudas e das instituições de crédito internacionais, como instrumento garantidor do pagamento das dívidas, em patente mecanismo de "desdemocratização do capitalismo". Os Estados passaram a adotar medidas de proteção dos mercados contra políticas redistributivas. E passou-se a atribuir à soberania nacional a culpa pelo endividamento pretérito dos Estados e, portanto, a responsabilidade pela configuração atual (e futura) das dívidas. Por isso, mais vale seguir os ditames das agências internacionais em seus proselitismos pelas políticas de austeridade que dar ouvidos à irresponsabilidade popular cada vez mais demandante e ciosa de condições de bem-estar e dignidade (Streeck, 2018, pp. 138-139).

Na evolução proposta por Streeck, passou-se do Estado fiscal para o Estado endividado que, agora, após a crise financeira e fiscal, está se convertendo em um "Estado de consolidação", concluindo o abandono do keynesianismo estatal europeu pela adesão ao neoliberalismo. O capitalismo europeu contemporâneo pode ser caracterizado por sua "hayekização", em detrimento do keynesianismo dos "anos de ouro"[166] do capitalismo, marcado este novo estágio pela "desdemocratização da economia" acompanhada pela "*deseconomização da democracia*, com o objetivo de criar uma hegemonia institucionalizada da justiça de mercado sobre a justiça social", de modo que "o projeto de Hayek de uma economia de mercado capitalista liberalizada, imune à pressão política, está a caminho de uma concretização cada vez mais plena" (Streeck, 2018, pp. 141, 146, 154).

A mudança da economia política keynesiana do pós-guerra para a hayekiana neoliberal possibilitou a transmutação dos processos distributivos para uma retribuição às avessas:

> In the meantime, the transformation of the capitalist political economy from postwar Keynesianism to neoliberal Hayekianism progressed smoothly: from a political formula for economic growth through redistribution from the top to the bottom, to one expecting growth through redistribution from the bottom to the top. Egalitarian democracy, regarded under Keynesianism as economically productive, is considered a drag on efficiency under contemporary Hayekianism, where growth is to derive from insulation of markets— and of the cumulative advantage they entail—against redistributive political distortions (Streeck, 2014, p. 41).

A estratégia de consolidação estrutural passou por solapar as políticas internas dos Estados democráticos, integrando estas nações

166 Cf. Hobsbawm, 1995, pp. 223-390.

num regime supranacional e não democrático, que passa a ser o grande agente regulador dos Estados, como ocorre com a União Europeia desde a década de 1990. Esta integração internacional dos Estados, ainda segundo Streeck, os isola da pressão eleitoral interna e, através da moeda comum, elimina "a soberania nacional enquanto um dos últimos bastiões da aleatoriedade política numa sociedade de mercado integrada internacionalmente". Esta política internacionalizada do Estado de consolidação "leva à midiatização e à neutralização da política interna dos Estados nacionais envolvidos, por meio de sua vinculação a acordos e quadros regulamentares supranacionais que limitam sua soberania" (Streeck, 2018, p. 156).

Em síntese,

> o Estado de consolidação europeu do início do século XXI não é uma estrutura nacional, mas internacional – um regime supraestatal regulador dos Estados nacionais que aderiram a ele, **sem um governo com responsabilidade democrática**, mas com regras vinculativas: com *governance* em vez de *government*, **com uma democracia domesticada pelos mercados, não mercados domesticados pela democracia**. Surgiu, assim, uma estrutura institucional inédita na história e que serve para garantir a conformidade ao mercado de Estados nacionais anteriormente soberanos: uma camisa de força, ajustada ao mercado, para a política de cada Estado, com competência que, no âmbito formal, se assemelham a outras novas possibilidades de intervenção no direito internacional. Neste caso, porém, não se trata de um duty to protect, mas de duty to pay. **O objetivo de tudo isso – cuja concretização está cada vez mais próxima – consiste na despolitização da economia e, em paralelo, na desdemocratização da política** (Streeck, 2018, pp. 157-158, grifou-se).

Streeck projeta que "o futuro da Europa hoje é o de uma implosão secular do contrato social da democracia capitalista na transição para um Estado de consolidação internacional, vinculado à disciplina fiscal". E, para isso, será necessário operar a separação rígida entre política e economia "que permita aos mercados aplicar sua versão de justiça sem ser incomodados por intervenções políticas discricionárias. A sociedade necessária para isso terá de contar com uma elevada tolerância às desigualdades econômicas". E, claro, com notável enfraquecimento da capacidade do cidadão nacional de resistir às mudanças impostas internacionalmente. Os cidadãos "contam cada vez menos na nova arena do conflito de distribuição da democracia capitalista que domina a política nacional – nos mercados financeiros globais e nas salas de reuniões da diplomacia financeira entre os Estados". O Estado de consolidação, deste modo, dificulta enormemente a oposição às políticas de austeridade determinadas no plano supraestatal, dado que as democracias nacionais se encontram cada vez mais enfraquecidas e inaptas à soberania econômica[167], pois o que ainda "se espera da política é sua capitulação perante o mercado, por meio da eliminação da democracia social enquanto poder econômico" (Streeck, 2018, pp. 158, 193, 196).

Streeck conclui afirmando que a crise financeira de 2008 representou o ponto culminante da transformação operada pelo neoliberalismo no capitalismo posterior à segunda guerra mundial. Foi possível adiar esta consolidação a partir do uso do que o autor chamou de "recursos de emergência", a inflação e os endividamentos público e privado, que lograram manter as aparências de crescimento capitalista com progresso material para todos, operando mesmo certa redistribuição de oportunidades para a base da pirâmide social. Hoje, no entanto, o capitalismo entrou de vez em sua fase hayekiana,

167 Interessante ressaltar que Streeck destaca a dificuldade de se opor internamente às políticas de austeridade, mas cita o exemplo grego para afirmar que a resistência é difícil, mas não impossível. Acho que o a Grécia serve, ao contrário, para chancelar o argumento de que não há mesmo alternativa às imposições austericídas da "Troika" europeia. Cf. Varoufakis, 2017.

se afastou da soberania popular e tem como autoridade principal os presidentes dos bancos centrais, num processo de transferência de poder para as autoridades tecnocráticas, responsáveis pela salvação dos bancos e pelo refinanciamento dos Estados endividados (Streeck, 2018, pp. 201, 202).

4 O ESTADO DE CONSOLIDAÇÃO CONTRA A DEMOCRACIA LIBERAL

O que o capitalismo do Estado de consolidação operou, fundamentalmente, foi a separação entre capitalismo e democracia: "a saída mais provável, atualmente, seria a operacionalização do modelo social hayekiano da ditadura de uma economia de mercado capitalista acima de qualquer correção democrática". A legitimação deste novo modelo econômico dependeria da conformação do povo ao fato de que a justiça do mercado não se confunde com a justiça social de outrora, cabendo aos poderes públicos o uso da coerção, se necessário, para controlar os descontentes. É a neutralização econômica das "instituições de formação da vontade política", empurrando os descontentes para o "protesto extraparlamentar" irracional e irresponsável (Streeck, 2018, p. 208).

A dimensão coercitiva deste fenômeno é o que Wacquant chamou de passagem do Estado previdência para o "Estado penitência", com o aumento exponencial nas últimas décadas do encarceramento das populações mais vulneráveis (Wacquant, 2003, 2001):

> A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo (Wacquant, 2001, p. 07).

Foi a forma mais fácil encontrada pelos governantes de Estados de bem-estar social de lidar com aqueles que, da noite para o dia, deixaram de ter o auxílio estatal e passaram a engrossar as filas dos "excluídos" da sociedade competitiva. E "à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolvente do outro". Em outras palavras, já que haverá a desconstrução das instituições de bem-estar social, a via alternativa é "acomodar" na cadeia os insubordinados que não contribuam para o desenvolvimento econômico. Wacquant mostra que esta nova "política social" encarceradora contribuiu para diminuir em 2% (dois por cento) a taxa de desemprego nos Estados Unidos na década de 90. É prender os miseráveis para melhorar os índices do desempenho econômico do modelo "hayekiano" frente à opinião pública e aos órgãos internacionais. E o sistema prisional passa a servir de "escoadouro" para o novo contingente de desamparados, sendo que o mercado agora também condena à prisão. Muda-se, também, como decorrência desta nova postura do Estado, os habitantes do sistema carcerário europeu: "Os 'clientes naturais' das prisões européias são, atualmente mais do que em qualquer outro período do século, as parcelas precarizadas da classe operária e, muito especialmente, os jovens oriundos das famílias populares de ascendência africana". Para respaldar juridicamente esta ardilosa manobra, as legislações passaram a abarcar um número maior de crimes, ocorrendo, ainda, o agravamento de penas relacionadas aos crimes contra os costumes e envolvendo drogas (Wacquant, 2001, pp. 80, 97, 106, 107, 119; Cf. Possas; Maniglia, 2011).

Ou seja, outro ponto crítico deste processo de deslegitimação do capitalismo pode ser situado na troca das políticas e dos direitos sociais pelo encarceramento em massa dos vulneráveis. O Estado se despoja de sua função de geração de seguridade social e investe na hipertrofia de seus aparatos de segurança pública, expandindo o sistema prisional e endurecendo a legislação criminal para demonstrações públicas de combate à criminalidade e rigor diante dos desvios de conduta.

Em seu aspecto eminentemente econômico, talvez seja exatamente esta desconexão com elementos mínimos de legitimidade o ponto central do declínio, em décadas recentes, do crescimento econômico das nações, figurando a crescente desigualdade social como elemento que solapa o próprio desenvolvimento da economia de mercado, já que dificulta o aumento da produtividade e prejudica a demanda:

> Steady growth, sound money and a modicum of social equity, spreading some of the benefits of capitalism to those without capital, were long considered prerequisites for a capitalist political economy to command the legitimacy it needs. What must be most alarming from this perspective is that the three critical trends I have mentioned may be mutually reinforcing. There is mounting evidence that increasing inequality may be one of the causes of declining growth, as inequality both impedes improvements in productivity and weakens demand (Streck, 2014, p. 37).

Por outro lado, o capital financeiro parece não se preocupar com este baixo crescimento econômico, pois que as taxas de ganho do topo da pirâmide social permanecem satisfatórias, não havendo crise para o capital: "Growth remains anaemic, as do labour markets; unprecedented liquidity has failed to jumpstart the economy; and inequality is reaching ever more astonishing heights, as what little growth there is has been appropriated by the top one per cent of income earners—the lion's share by a small fraction of them". A opção feita pelo capital financeiro é, segundo o autor, a da acumulação capitalista oligárquica em cenários de estagnação: "as productivity growth requires more public provision, it tends to become incompatible with private accumulation of profits, forcing capitalist elites to choose between the two" (Streeck, 2014, pp. 38-39, 60).

O que é decisivo para os Estados "é a sua constituição financeira, que define qual parte da sociedade enquanto comunidade deve ter direito à solidariedade coletiva de outras partes da sociedade e em que circunstâncias deve aplicar-se esse direito" (Streeck, 2018, p. 215). Próxima a esta constatação é o fenômeno da "constituição dirigente invertida", diagnosticado por Bercovici e Massonetto, distorção que serve de contributo à credibilidade dos Estados diante das instituições financeiras internacionais. Este fenômeno caracteriza-se pela fragmentação da ordem econômico-financeira e pela "retomada do arcabouço jurídico liberal do século XIX". Se anteriormente o Direito Financeiro era fortemente ligado ao Direito Econômico, com "a integração progressiva entre a economia e as finanças públicas" e com a legitimação da participação do Estado no domínio econômico, hoje prepondera a defesa da separação entre as finanças públicas e a economia, e da abstenção do Estado em âmbito econômico. Contemporaneamente o que se vê é o ocaso da constituição econômica e o fortalecimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira, "invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente". Neste contexto, o Direito Financeiro passa a servir de instrumento para a atuação estatal na tutela jurídica do capital, a partir da garantia ao processo de acumulação liderado pelo capital financeiro (Bercovici, 2011, p. 581; Bercovici; Massonettto, 2006, *online*).

Vigora, atualmente, o que Emilios Christodoulidis (2022, p. 134-135) chamou de "generalização da razão econômica": "a hipertrofia de uma racionalidade sistêmica – a econômica –, uma vez elevada para acima dos sistemas político e jurídico sob condições de globalização, se torna impossível de conter". A assimetria entre o sistema econômico e os sistemas político e jurídico, destacada pelo autor, se intensificou visivelmente na última década no Brasil (tema a ser abordado no próximo tópico) e ajuda a explicar a crescente discrepância entre o projeto constituinte de 1988 e as políticas públicas dele decorrentes, de um lado, e as políticas de austeridade e desconstrução do Estado e dos Direitos Sociais, que se impuseram ao arrepio da vontade popular,

em menosprezo à legitimidade política, ostentando preocupação meramente formal com procedimentos jurídicos.

O mercado, destarte, se livra da penosa necessidade de legitimação política e busca de justiça social para impor a lógica dos preços praticados como elemento de racionalidade e despolitização, tão caras à governança tecnocrática, e avessas aos excessos das demandas populares e da intrusão moralista no funcionamento da economia que serviram, historicamente, para atravancar o progresso material da sociedade:

> O que é diferente em um mundo ideal de um mercado "livre" da (interferência) política, no qual os valores são expressos em preços, sem longas controvérsias, baseados em uma moral retorica inconteste de ponta a ponta, descompromissada e protegida contra ações públicas comprometedoras: o preço é o preço, ninguém pode ser responsável nem culpado por ele e, se, excepcionalmente, o verdadeiro preço for falseado, a organização dos cartéis pode recalculá-lo e impor punições proporcional aos conspiradores. É assim que, na tensão entre capitalismo e democracia, a defesa neoliberal da justiça pura de mercado, se conduzida com habilidade, goza de enorme prestígio perante a opinião pública na luta contra a politização, a justiça social corretora do mercado (Streeck, 2018, p. 24).

Streeck afirma que a "história da crise do capitalismo tardio desde os anos 1970 afigura-se como desenvolvimento da tensão, muito antiga e fundamental, entre o capitalismo e a democracia"[168]. No

168 Streeck vê possibilidade de se estabelecer um capitalismo democrático: "There are various ways to conceptualize the underlying causes of the friction between capitalism and democracy. For present purposes, I will characterize democratic capitalism as a political economy ruled by two conflicting principles, or regimes, of resource allocation: one operating according to marginal productivity, or what is revealed as merit by a 'free play of market forces', and the other based on social need or entitlement, as certified by the collective choices of democratic politics.

período do pós-segunda guerra houve tentativa de reconciliação entre estes históricos adversários, segundo o autor, num conflito marcado, de um lado, pelo medo dos proprietários de terem suas propriedades abolidas pelas democracias majoritárias, enquanto de outro havia o receio sempre presente de um retorno ao autoritarismo apoiado pelo capital para que seus privilégios fossem assegurados. Nesta disputa de argumentos/temores assiste maior razão à posição progressista e aos defensores da democracia majoritária: "history suggests that, at least in the industrialized world, the Left had more reason to fear the Right overthrowing democracy, in order to save capitalism, than the Right had to fear the Left abolishing capitalism for the sake of democracy". Na guerra fria, no entanto, houve um relativo alinhamento entre ambos, na medida em que "economic progress made it possible for working-class majorities to accept a free-market, private property regime, in turn making it appear that democratic freedom was inseparable from, and indeed depended on, the freedom of markets and profit-making" (Streeck, 2018, pp. 54; Streeck, 2014, pp. 40-41; Streeck, 2011, p. 6).

O que houve, desde então, foi a transformação dos problemas de legitimação do capitalismo democrático em problemas de acumulação, o que fez com que a economia se distanciasse cada vez mais dos controles políticos da democracia, aumentando a "imunização da economia contra a democracia enquanto democracia de massas". O autor sustenta, deste modo, que houve um "processo de desdemocratização da economia por meio da deseconomização da democracia", e que a democracia atual "está prestes a ser esterilizada como democracia de massas redistributiva e a ser reduzida a uma combinação de Estado de direito e entretenimento público". Deste modo, "for the time being, the neoliberal mainstream's political utopia is a 'market-conforming democracy', devoid of market-correcting powers and supportive of 'incentive-compatible' redistribution from the bottom to the top". Configurou-se, portanto, uma espécie de

Under democratic capitalism, governments are theoretically required to honour both principles simultaneously, although substantively the two almost never align" (Streeck, 2011, p. 7).

"redistribuição oligárquica", "rather than serving a collective interest in economic progress, as promised by neoclassical economics, it turns into extraction of resources from increasingly impoverished, declining societies" (Streeck, 2018, pp. 54-55; Streeck, 2014, pp. 43, 58).

Diante desta nova configuração da desdemocratização e desresponsabilização capitalista, gerando regimes cada vez mais plutocráticos, em momentos de crise o capital financeiro pratica sem pudores a política de terra arrasada da redistribuição oligárquica:

> Plutonomic capitalists may no longer have to worry about national economic growth because their transnational fortunes grow without it; hence the exit of the super-rich from countries like Russia or Greece, who take their money—or that of their fellow-citizens—and run, preferably to Switzerland, Britain or the United States. The possibility, as provided by a global capital market, of rescuing yourself and your family by exiting together with your possessions offers the strongest possible temptation for the rich to move into endgame mode—cash in, burn bridges, and leave nothing behind but scorched Earth (Streeck, 2014, p. 59).

5 A IMUNIZAÇÃO PLUTOCRÁTICA DA ECONOMIA E O CASO BRASILEIRO

Este processo de "imunização do mercado a correções democráticas" pode se dar através de uma "reeducação neoliberal dos cidadãos ou da abolição da democracia segundo o modelo chileno dos anos 1970", reeducação esta que "é obtida por uma doutrinação pública permanente por parte da teoria da economia convencional". Streeck entende que a segunda opção apresentada, a do modelo pinochetista, não mais está disponível, de modo que resta a opção das reformas de

instituições político-econômicas, tais como a de adoção de bancos centrais independentes do controle político, de políticas fiscais institucionalizadas e, portanto, alijadas do controle eleitoral, bem como pela transferência do poder decisório em política econômica para autoridades reguladoras e peritos, envoltos em ambientes tecnocráticos distantes das demandas sociais, além do impedimento de endividamento dos Estados positivado nas Constituições, gerando constrições orçamentárias duradouras (Streeck, 2018, p. 107).

Foi exatamente isso que ocorreu no Brasil recentemente, mais especificamente a partir do processo de Impeachment de 2016. Para Luis Felipe Miguel, "o golpe de 2016 marca uma fratura irremediável no experimento democrático iniciado no Brasil em 1985". Um modelo limitado e contraditório, reconhece o autor, mas que restabeleceu e garantiu vigência às instituições mínimas do regime democrático liberal, o império da lei e o voto popular. O fato de o sistema político brasileiro ter levado a cabo um impeachment sem amparo legal sinalizou uma ruptura com o aparato mínimo da democracia, operando uma frontal ruptura com a garantia de que a escolha dos representantes políticos se dê a partir do voto livre, e afrontando o império da lei, que garante que para haver a destituição legítima de um presidente eleito pelo povo deve haver um crime de responsabilidade por ele/ela cometido. Ainda segundo Miguel, após este evento restou mais clara a armadilha representada pela democracia liberal, com o foco recaindo tão somente nas disputas em períodos eleitorais, restando claro que não há transformação possível sem a luta para além das institucionalidades[169], já que Estado e direito não são neutros e não representam os interesses gerais (Miguel, 2016, pp. 31-37).

169 Avritzer (2016, pp. 14-15) também destaca o abandono da mobilização fora das instituições: "assim, é possível afirmar que o projeto político que tinha dois grandes componentes relativamente integrados entre si (a mobilização e a participação institucionalizada) passou a ter apenas um, a forma institucionalizada da participação, ainda que inicialmente tenha sido altamente exitosa. Essa estrutura foi implementada inicialmente em algumas cidades como Porto Alegre, Belo Horizonte e São Paulo e de lá se expandiu para as principais cidades com mais de cem mil habitantes das regiões Sul e Sudeste. Sua efetivação explica o sucesso de algumas políticas sociais e está presente nas significativas modificações nas políticas sociais realizadas pelo governo

Ou seja, o que ocorreu fundamentalmente em 2016 no Brasil foi a "desconsolidação" da jovem democracia nacional, quando o establishment político e econômico decidiu impor o seu "poder de veto", demonstrando o quão frágil é um sistema político que admite tal grau de interferência, ao arrepio do império da lei e do Estado de Direito formalmente consagrados[170], em que há espaço para a ação tutelar de castas privilegiadas sobre aspectos da vida social que deveriam contar com a decisão soberana do povo. A direita brasileira decidiu por romper o "consenso procedimental", conquista da redemocratização, e abraçar o golpismo em vez de apostar uma quinta vez na estratégia eleitoral (Miguel, 2019, p. 19, 160).

Vale lembrar que a aceitação do processo de impeachment à época foi em retaliação à aceitação pelo Conselho de Ética de processo disciplinar contra o presidente da Câmara dos Deputados, para a qual os votos dos deputados petistas foram fundamentais. Estava, destarte, maculada pelo desvio de finalidade a abertura do processo de impeachment, na opinião do constitucionalista Cláudio de Souza Neto. O jurista recorda, ainda, que meses antes da aceitação do processo de impeachment veio a público um parecer de autoria de Ives Gandra Martins que, equivocadamente, aproximava o instituto do impeachment do voto de desconfiança típico das formas de governo parlamentaristas. Na aludida aproximação, o impedimento seria uma maneira de o parlamento afastar presidentes carentes de apoio político em sistemas presidencialistas, "raciocínio" que não encontra o menor acolhimento na Constituição brasileira, já que no presidencialismo o chefe de estado é eleito por milhões de votos, o que requer um processo mais rigoroso (e traumático) de destituição, enquanto no parlamentarismo muitas vezes a escolha do chefe de

federal desde 2003. Mas também gerou alguns limites que estão perceptíveis desde junho de 2013".

170 Como lembra Jessop (2006, pp. 211-212), "where political and ideological crises cannot be resolved through the normal democratic play of class and other social forces, democratic institutions must be suspended or eliminated and crises resolved through an open 'war of manoeuvre' that ignores constitutional niceties".

governo se dá indiretamente, pelo próprio legislativo, o que faz com que o parlamento também tenha a prerrogativa de destituí-lo, quando perder as condições políticas de ocupar o posto, tendo razões meramente políticas para tal destituição (Souza Neto, 2020, pp. 101-102)[171].

Este movimento de abandono dos já fragilizados suportes dos regimes democráticos contemporâneos não ocorreu apenas no Brasil, evidentemente. Ademais, conforme lembra Michael Löwy (2016, p.61), "se observarmos a história mundial nos últimos dois séculos, o que predomina é o estado de exceção. A democracia é que foi excepcional", já que constitui um entrave à política nos Estados capitalistas. O autor também recorda que o golpe brasileiro não foi o primeiro, já que houve processos de impeachment arbitrários tanto em Honduras, que resultou na deposição de Manuel Zelaya, quando no Paraguai, em um procedimento que deu ao presidente destituído Fernando Lugo nada mais do que poucas horas para apresentação de sua defesa. Para o autor, restaria claro que a democracia estaria perdendo a sua utilidade, já que seria um empecilho para a aplicação das políticas neoliberais impopulares.

No Brasil, o projeto era a implantação de um plano que trazia diretrizes há tempos rechaçadas nas urnas, intitulado *Uma ponte para o futuro*[172] e criado pelo então PMDB (hoje MDB), partido do então

171 Além disso, lembra Avritzer (2019, pp. 60-61) que "a Lei n.º 1079 é fortemente problemática na maneira como concebe o impeachment, representando grave distorção em relação à tradição democrática mais bem estabelecida, a anglo-saxã. Ela é uma maneira de forçar a adaptação dos resultados eleitorais frequentemente não favoráveis às elites com um conjunto de regras políticas, administrativas e financeiras capazes de remover o presidente. Essas regras, não por acaso, foram aprovadas a toque de caixa um pouco antes do segundo governo Vargas e permitem um afastamento relativamente fácil do presidente desde que ele não tenha a maioria do Congresso. As vias de remoção são amplas e vão desde a política fiscal até detalhes da relação do presidente com o Congresso".

172 Este programa da Fundação Ulysses Guimarães (2015), do então PMDB, trouxe como diretrizes, entre outras: "construir uma trajetória de equilíbrio fiscal duradouro, com superávit operacional e a redução progressiva do endividamento público"; "estabelecer um limite para as despesas de custeio inferior ao crescimento do PIB, através de lei, após serem eliminadas as vinculações e as indexações que engessam o orçamento"; "executar uma política de desenvolvimento centrada na iniciativa

vice-presidente da República. Segundo Leda Paulani, "a essência do documento é o resgate pleno da agenda neoliberal (o modelo perdedor das eleições de 2014), purificando-a dos arroubos sociais dos governos do PT e retomando o processo de privatização, relativamente brecado nas gestões de Lula e Dilma", um programa para atacar não somente os programas sociais petistas, mas o próprio constitucionalismo democrático de 1988 e os direitos sociais nele consagrados. Para a autora, a pretexto de estabelecer um novo regime fiscal e orçamentário, o programa citado almeja acabar com a obrigatoriedade dos gastos direcionados à saúde e educação, redundando em desvalorização do sistema educacional e na impossibilidade do incremento do Sistema Único de Saúde. Somando-se a isso a reforma da previdência que também estava na pauta golpista, ficou claro que o grande objetivo era inviabilizar o projeto da Constituição de 1988 (Paulani, 2016, p. 74).

A Emenda Constitucional n.º 95 é emblemática neste contexto já que, segundo Souza Neto, constitucionalizou a austeridade, elevando-a "à condição de política econômica constitucionalmente obrigatória". A medida impede que outros governos legitimamente eleitos executem os seus programas, pois estarão com o fundo público amarrado à regra mencionada, constituindo mais uma afronta ao voto popular, já que qualquer governo eleito estaria jungido à austeridade e à política neoliberal. Os brasileiros (contribuintes) estariam, a partir da medida, impedidos de decidir sobre os gastos públicos dos valores arrecadados, independentemente do aumento da arrecadação e da produção econômica, em violação expressa ao elemento basilar do constitucionalismo liberal "*no taxation without representation*", em patente esvaziamento do âmbito de decisões da soberania popular.

privada, por meio de transferências de ativos que se fizerem necessárias, concessões amplas em todas as áreas de logística e infraestrutura, parcerias para complementar a oferta de serviços públicos e retorno a regime anterior de concessões na área de petróleo, dando-se a Petrobras o direito de preferência"; "realizar a inserção plena da economia brasileira no comércio internacional, com maior abertura comercial e busca de acordos regionais de comércio em todas as áreas econômicas relevantes – Estados Unidos, União Europeia e Ásia – com ou sem a companhia do Mercosul, embora preferencialmente com eles"; "na área trabalhista, permitir que as convenções coletivas prevaleçam sobre as normas legais, salvo quanto aos direitos básicos".

Deste modo, o Impeachment sem crime de responsabilidade no sistema presidencialista brasileiro poderia ser caracterizado como "*soft coup*", com a finalidade clara de erodir a democracia e possibilitar a ascensão de forças políticas mais alinhadas a um "neoliberalismo autoritário" (Souza Neto, 2020, pp. 117, 120-121).

Para Avritzer, medidas impopulares como a Emenda do Teto de Gastos e as "reformas" trabalhistas e da previdência representariam o "objetivo fundamental que moveu o mercado desde 1988 até hoje ou, pelo menos, desde 2012 até hoje – a desvinculação completa entre eleições e políticas públicas", de modo que o mercado impõe a sua agenda independentemente do programa que foi consagrado nas urnas, colocando em xeque a decisão popular tomada através do voto. Além disso, o poder econômico dá respaldo e apoio a candidaturas muitas vezes sem o menor compromisso com os valores democráticos, nem mesmo com os elementos mais basilares do liberalismo político, tudo em prol do estabelecimento de um programa de corte neoliberal, com a redução dos investimentos sociais, cortes em serviços e políticas públicas e direcionamento do orçamento para os interesses das finanças privadas. Entram em cena, no período de 2014-2018, dois fantasmas notoriamente conhecidos no país, "o da não aceitação dos resultados eleitorais e o da definição não eleitoral da *policy*", fantasmas estes que comporiam a "estrutura pendular de democracia no Brasil", com a alternância de momentos democráticos, "nos quais elites e massas partilham um forte entusiasmo democrático e outros momentos em que a classe média adota uma visão antidemocrática, alinhada com as elites, e muitos setores populares aderem à rejeição da política ou à antipolítica". No ataque da elite brasileira à democracia, "adquirem preponderância na conjuntura as formas não soberanas de decisão política tão bem expressas no governo Temer e que, ao que parece, continuarão a se manifestar no próximo governo [de Bolsonaro]" (Avritzer, 2019, pp. 16, 38, 47, 66, 71).

Neste sentido, para Janine Ribeiro (2019, pp. 332-333), "tudo o que uma história predatória fez contra as dimensões trabalhista, social e ambiental desnudou-se". Para o autor há um projeto de sociedade

calcado na desigualdade, na corrupção e no patrimonialismo, que recentemente ganhou evidência, não havendo mais como "esconder de nós a cara horrível, desfigurada, do que poderia ser a grande democracia dos trópicos (...). Máscaras, como a da democracia racial, a da sociedade acolhedora, estão sendo arrancadas". A democracia, por seu turno, tem que ser, necessariamente, social. Antes vista como um acréscimo à democracia política, hoje a questão social é imprescindível para a configuração desse regime que não é mais concebido apenas como regime de Estado, mas também uma forma de sociedade (Ribeiro, 2019, p. 333).

O mercado sempre foi ator privilegiado na política. No contexto brasileiro atual, o grande capital resolveu abraçar aberta e inescrupulosamente pautas antipopulares e mesmo antidemocráticas[173]. Nos últimos tempos, houve relevantes manifestações do mercado contra a democracia e o Estado de Direito, como ressalta Avritzer, através de movimentações financeiras e momentos políticos cruciais como a alta da Bovespa no dia da condenação do presidente Lula pelo TRF-4, ou mesmo quando da denegação da concessão de Habeas Corpus para o ex-presidente. São poderosíssimos atores políticos, sem legitimidade popular, e sem o menor apreço pelos elementos jurídicos que envolviam o caso judicial em disputa. O cientista político destaca, ainda, o decisivo apoio ao candidato da extrema-direita nas eleições de 2018, posição esta que não foi alicerçada numa busca de estabilidade e equilíbrio na relação entre mercado e poder público, mas pelo comprometimento imediato com reformas econômicas impopulares. Em síntese, "o mercado apoiou a remoção de um presidente, foi contra o pedido de impeachment de outro em relação ao qual existiam provas abundantes de crime de responsabilidade (como foi o caso da votação sobre Michel Temer) e se posicionou politicamente pela prisão de um candidato" de esquerda cuja pauta era diversa da defendida pelo

173 Sobre este aspecto da democracia liberal, adverte Bob Jessop (2006, p. 211): "this form of political regime disguises the nature of class power more effectively than when the state apparatus is more openly controlled by dominant classes (or class fractions) or by state managers who are closely allied with predatory capital or are running openly kleptocratic regimes for personal enrichment".

mercado e abraçou abertamente uma candidatura com fortes traços autoritários apenas pelo fato de haver a chancela de atores liberais consagrados no mercado, que serviram como garantia da adesão da extrema-direita à pauta neoliberal radicalizada (Avritzer, 2019, pp. 169-170).

Estas duas facetas são indissociáveis. A exceção política viabiliza o afastamento da soberania popular para a implementação de medidas impopulares de ataque às políticas e aos direitos sociais propaladas pelo neoliberalismo. No Brasil, a desconstrução do modelo progressista da Constituição de 1988 fica evidente com a já referida Emenda Constitucional n.º 95 (teto de gastos), com a Reforma Trabalhista e a Lei de Terceirizações (Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017), aprovadas a toque de caixa, sem discussão social, e com farta cooptação do Congresso Nacional por meio de concessões de Emendas Parlamentares.

Enfim, sabe-se que o Estado do séc. XXI é incomparavelmente mais complexo que o do séc. XIX, mas em certos momentos ele atua exatamente como "a committee for managing the common affairs of the whole bourgeoisie" (Marx; Engels, 1969, p. 15). O neoliberalismo autoritário solapou o poder popular, no Brasil e alhures, para possibilitar a edificação de um "Estado de Mal-Estar Social" (Cf. Safatle, 2017) a partir da desnaturação do projeto democrático.

6 CONCLUSÃO

Resta claro, para Streeck, que o neoliberalismo não é compatível com a democracia, "se entendermos por democracia um regime que intervém, em nome de seus cidadãos e por meio do poder público, na distribuição dos bens econômicos resultante do funcionamento do mercado". O estado de consolidação passa por uma notável regressão democrática: "it seems clear that the political manageability of democratic capitalism has sharply declined in recent years, more in some countries than in others, but also overall, in the emerging global

political-economic system". Agora, as diretrizes para a atuação do Estado, já desconectadas do substrato popular, são determinadas pelo mercado financeiro e têm a grande imprensa como porta-voz: "as we now read almost every day in the papers, 'the markets' have begun to dictate in unprecedented ways what presumably sovereign and democratic states may still do for their citizens and what they must refuse them" (Streeck, 2018, p. 103; Streeck, 2011, pp. 24, 26).

Em texto sobre a conjuntura mais recente, Streeck aborda a surpresa da opinião pública liberal e das ciências sociais com a ascensão de fenômenos políticos como Trump, nos Estados Unidos, e o Brexit, na Inglaterra: "nada documenta melhor a divisão das sociedades globalizadas do que a perplexidade de suas elites do poder e do discurso frente ao retorno dos reprimidos, cuja apatia política acreditavam poder interpretar como uma resignação baseada em conhecimento". O autor se vale do conceito "interregno" para dar conta desta "nova fase na crise do sistema de Estados capitalistas transformados pela revolução neoliberal". A partir do pensamento gramsciano, afirma o autor que estamos numa "época de duração indeterminada, na qual a velha ordem já se despedaçou, mas uma nova ainda não conseguiu surgir". A velha ordem "do mundo do capitalismo globalizado" foi tomada de assalto pelos "bárbaros populistas", "cujos governos haviam neutralizado suas democracias nacionais de forma pós-democrática, de modo a não perder a conexão com a expansão global do capitalismo". Ainda seguindo a obra do intelectual sardo, Streeck afirma ser incerta a configuração desta nova ordem em gestação e, neste interregno, "deve-se contar com 'os mais variados sintomas mórbidos'" (Streeck, 2019, pp. 266-268).

Este intervalo é marcado pela insegurança extrema, configurações instáveis, acontecimentos inesperados e grande falta de previsibilidade. Após a ascensão populista, as populações nacionais voltaram a ser ouvidas pelos políticos, a democracia nacional voltou a ser palco de disputas e insatisfações. Ocorre que o capitalismo em seu atual estágio de desenvolvimento (finaceirização) não é mais governável a partir dos Estados nacionais do que internacionalmente,

pelas instituições internacionais, e a destruição dos aparatos internos de redistribuição econômica e o fracasso da política monetária e dos bancos centrais como vetores principais da política econômica geraram perda de possibilidade de manejo capitalista, seja por parte dos populistas, seja pelos tecnocratas. Este interregno é marcado, deste modo, por "instituições disfuncionais e caóticas cadeias de causas e efeitos", sendo o populismo que ascendeu politicamente em vários países recentemente mais uma faceta destas incertezas (Streeck, 2019, pp. 268-269, 271).

Com o recrudescimento das políticas de austeridade mundo afora, ascensão da extrema-direita como robusta força social e eleitoral, ingerência crescente de organizações internacionais nas políticas sociais e econômicas de países em crise e desregulação do trabalho e da circulação de capitais, fica difícil vislumbrar o fim deste "interregno". As medidas para contenção de seus "sintomas mórbidos" parecem tímidas, substancialmente ineficazes.

A separação entre Mercado e Democracia veio para ficar, assim como a desresponsabilização dos Estados de Direito na condução de políticas de bem-estar social. Diante deste quadro de retrocesso democrático e nos direitos fundamentais, ainda não surgiu reação exemplar que pareça conseguir debelar todas estas mazelas, no sentido da retomada da aliança entre a sociabilidade capitalista e o mínimo de respaldo democrático que caracterizou a "era de ouro" das três décadas pós-segunda guerra. Quando até forças progressistas ascendentes, sustentadas no discurso da reconstrução, parecem sucumbir à dieta de austeridade, é tentadora a aceitação da profecia kafkiana: "há esperança, só não para nós".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia, 2019.

BERCOVICI, Gilberto**.** Política econômica e direito econômico. **Pensar:** Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 562-588, 2011.

CHRISTODOULIDIS, Emilios. **Constitucionalismo político e a ameaça do "mercado total".** Tradução Pedro Canário. São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022.

CROUCH, Colin. Privatised keynesianism: an unacknowledged policy regime. **British Journal of Politics and International Relations**, vol. 11, n. 3, 2009.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JESSOP, Bob. **The State**: past, present, future. Cambridge and Malden: Polity Press, 2016.

LÖWY, Michael. Da tragédia à farsa: o golpe de 2016 no Brasil. In: JINKINGS, Ivana et al. **Por que gritamos golpe?** para entender o impeachment e a crise. São Paulo: Boitempo, 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Frederick. Manifesto of the Communist Party. In: **Marx/Engels Selected Works**, vol. 1. Moscow: Progress Publishers, 1969.

MASSONETTO, Luís Fernando; BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a

agonia da constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 49, 2006.

MIGUEL, Luis Felipe. A democracia na encruzilhada. In: JINKINGS, Ivana et al. **Por que gritamos golpe?** para entender o impeachment e a crise. São Paulo: Boitempo, 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. **O colapso da democracia no Brasil**: da Constituição ao golpe de 2016. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo/Expressão Popular, 2019.

*MIGUEL, Luis Felipe; VITULLO, Gabriel Eduardo***. Democracia como emancipação**: olhares contra-hegemônicos. Porto Alegre: Zouk, 2021.

PAULANI, Leda. **Brasil Delivery**: servidão financeira e estado de emergência econômico. São Paulo: Boitempo, 2008.

PAULANI, Leda. Uma ponte para o abismo. In: JINKINGS, Ivana et al. **Por que gritamos golpe?** para entender o impeachment e a crise. São Paulo: Boitempo, 2016.

POSSAS, Thiago Lemos; MANIGLIA, Elisabete. Estado e violência: sobre a ausência de políticas públicas. In: MANIGLIA, Elisabete. (org.). **Direito, políticas públicas e sustentabilidade**: temas atuais. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. **A boa política**: ensaios sobre a democracia na Era da Internet. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

RIBEIRO, Renato Janine. O Brasil voltou cinquenta anos em três. In: GEISELBERGER, Heinrich (org.). **A grande regressão**: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrentá-los. São Paulo: Estação Liberdade, 2019.

SAFATLE, Vladimir. O Estado do mal-estar social. **Folha de S. Paulo**. Ilustrada, São Paulo, 2017, p. 17 mar. 2017. Acesso em: 06 set. 2024.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a lucidez**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil:** valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo/Rio de Janeiro: Editora Contracorrente/Eduerj, 2020.

STREECK, Wolfgang. The crisis of democratic capitalism. **New Left Review**, n. 71: 5–29, 2011.

STREECK, Wolfgang. "The Politics of Public Debt: Neoliberalism, Capitalist Development, and the Restructuring of the State", **MPIfG Discussion Paper** 13/7, Max Planck Institute for the Study of Societies, 2013.

STREECK, Wolfgang. How will capitalism end? **New Left Review**, n.º 87, may/june 2014.

STREECK, Wolfgang. **Tempo comprado**: a crise adiada do capitalismo democrático. São Paulo: Boitempo, 2018.

STREECK, Wolfgang. O retorno dos reprimidos como início do fim do capitalismo neoliberal. In: GEISELBERGER, Heinrich (org.). **A grande regressão**: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrentá-los. São Paulo: Estação Liberdade, 2019.

VAROUFAKIS, Yanis. **Adults in the Room**: my battle with Europe's deep establishment. London: The Bodley Head, 2017.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WACQUANT, Löic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

MINIMUM WAGE, MAXIMUM DISPARITY: A CRITICAL EXAMINATION OF LAW ENFORCEMENT IN BRAZIL AND PROPOSALS FROM GLOBAL BEST PRACTICES

SALÁRIO-MÍNIMO, MÁXIMA DISPARIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DA LEI NO BRASIL E PROPOSTAS COM BASE EM BOAS PRÁTICAS GLOBAIS

Giorgio Michalopoulos[174]

Stefano Morici[175]

Abstract: This paper examines regional disparities affecting the enforcement of labor laws, specifically Article 7 of the Brazilian Federal Constitution and Chapter 3 of the Consolidation of Labor Laws, which mandate the implementation of a national minimum wage. Findings show significant informal employment in Brazil's northern and northeastern regions, where many earn below the legal minimum wage. In contrast, the central and southern regions provide better salaries and formal employment. According to 2023 PNAD data, the northeastern region has the highest percentage of workers earning below the minimum wage. Key institutions like the Ministry of Labor and Social Security, State Economic Development Secretariats, and the Superior Labor Court are responsible for addressing these issues. Based on our comparative legal analysis, we propose improvements for Brazilian institutions by integrating international practices and minimum wage policies from the UK, Germany and Australia.

Keywords: Regional Disparities; Minimum Wage; Labor Laws; Fundamental Rights.

174 Giorgio Michalopoulos, PhD Scholar, Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da Faculdade de Ciências Econômicas - Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), gmichalopoulos@cedeplar.ufmg.br, http://lattes.cnpq.br/1305689705232801.

175 Stefano Morici, PhD Scholar, Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), smorici@ufmg.br, http://lattes.cnpq.br/2269446336877421.

Resumo: Este artigo examina as disparidades regionais que afetam a aplicação das leis trabalhistas, especificamente o Artigo 7 da Constituição Federal Brasileira e o Capítulo 3 da Consolidação das Leis do Trabalho, que determinam a implementação de um salário-mínimo nacional. Os resultados mostram um emprego informal significativo nas regiões norte e nordeste do Brasil, onde muitos ganham abaixo do salário-mínimo legal. Em contraste, as regiões central e sul oferecem melhores salários e emprego formal. Segundo dados da PNAD de 2023, a região nordeste tem a maior porcentagem de trabalhadores ganhando abaixo do salário-mínimo. Instituições chave como o Ministério do Trabalho e Previdência Social, as Secretarias Estaduais de Desenvolvimento Econômico e o Tribunal Superior do Trabalho são responsáveis por abordar essas questões. Com base em nossa análise jurídica comparativa, propomos melhorias para as instituições brasileiras, integrando práticas internacionais e políticas de salário-mínimo do Reino Unido, Alemanha e Austrália.

Palavras-chave: Disparidades Regionais; Salário-Mínimo; Leis Trabalhistas; Direitos Fundamentais.

1 INTRODUCTION

The paper argues that although Brazil has a complex legal and institutional structure for minimum wage enforcement, regional disparities suggest an important gap between legal provisions and their implementation, raising a problem of compliance. We will analyze the minimum wage policies of Australia, Germany, and the UK. These countries were selected based on ILO criteria: consistent implementation of a rising monthly minimum wage and a multifaceted enforcement structure.

We observed that today the systems considered most effective in enforcing the legal minimum wage are labor inspections, legal actions and legal sanctions. A lowest common denominator will be systematic labor inspections or inspections based on different reports

that workers or trade unions can make, and for employers who are non-compliant with the legal minimum wage, a system of fines and legal actions that penalize these behaviors. But in addition to this "punitive" enforcement system, we will also see cases of what we call "positive enforcement", a system based on persuasion, information and capacity building, and we will focus on this to understand how it can be implemented in a complementary way to labor inspections in Brazil.

Our proposal stems from the dialogue that has always existed between economics and law on the enforcement of rules applied on economic actors.

In economic literature, there has been some reflection on the enforcement instruments available to public authorities in view of the budget constraints of the same authorities to ensure compliance (Stigler, 1974).

On the one hand, it was argued that the primary objective of regulatory law should be criminal sanctions, as they would have a long-term consequence on the behavior of economic agents, e.g. an entrepreneur, since "businessmen abhor the idea of being branded as 'criminals'". Moreover, the preventive threat of criminal sanction has been interpreted as a good incentive to arrive at less punitive solutions. (Ball, Friedman, 1965).

Others have based their analysis on the interaction of factors such as the minimization of costs for the regulator and the information asymmetry generated by the absence of complete information on the firm. Thus, it has been argued that a penalty-based system requires fewer resources than a system based on the enforcement of regulatory standards. Regulators would have more interest in building a system that revolves around the monitoring of standards and will seek to make regulations enforceable and the behavior of companies observable. Meaning more controls and sanctions (Ricketts, Peacock, 1986).

A second approach addresses information asymmetries in a different way, i.e. as an element of negotiation between the authority and the company subject to the rules. With the same set-up of public

authorities and companies wanting to minimize costs, it has been shown that waiving formal legal sanctions and bargaining to induce compliance can be cost-effective, because of the natural propensity of individuals and organizations to reach cooperative solutions (Fenn, Veljanoski, 1988).

Another proposal in literature suggests that if government enforcement is random, firms are naturally inclined to systematically violate provisions in such a way as to mitigate what would otherwise be its major effects (Ashenfelter, Smith, 1979). This is compatible with our proposal for more targeted inspections of fragile groups of workers (as we show in section 6) and a positive enforcement policy.

Our comparative research takes a bridging approach between enforcement based on inspections and sanctions and what we call 'positive enforcement', i.e. aimed at cooperation between economic actors and educational objectives in the labor market.

Our approach is also supported by experimental evidence that reputation effects due to informational asymmetries can generate cooperative behavior (Kreps, Milgrom, Wilson, 1981), which is a case very similar to the compliance to the minimum wage regulations, but also a large literature which exposes the preference for cooperative behavior over egoistic in firms' strategies.

On the comparative aspect of the standards adopted in the different countries, we refer to a literature that today proposes analyses on implementation policies in the European Union (Eurofund, 2024) and developing countries (Rani, et al. 2013) still missing a comparison between the two aimed at policy solutions as we propose in this article for Brazil.

Existing literature provides a multifaceted view of this topic, highlighting both the successes and challenges of implementing minimum wage policies. Melo (2015) explores the role of the minimum wage campaign in Brazil as a tool for combating inequality, while Lemos, Rigobon, and Lang (2004) analyze the employment effects of minimum wage policies, demonstrating their complex impact on the labor market. Gindling, Mossaad, and Trejos (2015) provide a

comparative perspective through their evaluation of the enforcement of minimum wage laws in Costa Rica, offering valuable insights into the potential consequences of increased legal enforcement in similar contexts. Amadeo, Gill, and Neri (2000) discuss the critical pressure points within Brazilian labor legislation, shedding light on the inherent challenges in ensuring effective compliance with wage standards.

Building on this body of research, our paper offers a new contribution by critically examining the enforcement of minimum wage laws in Brazil. By juxtaposing Brazil's approach with successful global practices, this study seeks to identify actionable reforms that could enhance the enforcement and compliance of minimum wage laws.

The structure of this paper is as follows: Section 3 explores the International Labor Organization's (ILO) recommendations on minimum wage enforcement, conducting a comparative analysis of practices in the UK, Australia, and Germany. Section 4 shifts to Brazil, detailing the country's constitutional and legal framework on minimum wage and examining the institutions responsible for enforcing these laws. Section 5 assesses the effectiveness of Brazil's labor inspection and compliance mechanisms in ensuring adherence to minimum wage regulations. Section 6 discusses regional disparities in minimum wage compliance in Brazil, focusing on socioeconomic factors and their broader implications for workers. Section 7 proposes strategies to address these disparities, drawing on lessons from international comparisons. Section 8 presents the conclusions.

2 METHODOLOGY

We conducted a legal analysis in conjunction with an institutional investigation to determine which entities are responsible for ensuring the enforcement of minimum wage laws. Following this legal and institutional review, the study aimed to assess whether the regulatory framework had a practical impact, by analyzing empirical data from

the National Household Sample Survey (PNAD) and the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE). We extracted data for salaried workers from PNAD Continua from the last quarter of 2023 and processed the descriptive statistics found in section 6.

This empirical analysis revealed important regional disparities, particularly in the northern and northeastern regions of Brazil. Given the apparent difficulties in enforcing minimum wage laws effectively across the country, the research then shifted focus to examine compliance and implementation systems in countries with notable success in minimum wage enforcement: specifically, the United Kingdom, Germany, and Australia. This comparative study was grounded in an initial examination of the International Labor Organization's (ILO) regulatory framework on the subject. By analyzing the mechanisms through which these countries implement and monitor minimum wage policies and contrasting them with the Brazilian approach and its shortcomings, the research aims to identify which of these international practices could be adapted to the Brazilian context.

3 ILO STANDARDS AND COMPARATIVE ANALYSIS

3.1 INTERNATIONAL LABOR ORGANISATION'S RECOMMENDATIONS ON MINIMUM WAGE ENFORCEMENT

The International Labor Organization (ILO) Minimum Wage Fixing Convention, 1970 (No. 131) and Minimum Wage Fixing Recommendation, 1970 (No. 135) underscore a robust enforcement framework for minimum wage legislation. Convention No. 131, Article 2, mandates that minimum wages possess the force of law. Non-compliance with statutory minimum wages subjects the offending parties to appropriate penal or other sanctions. Article 5 of the same Convention stipulates the necessity of implementing adequate

inspections and complementary measures to ensure the effective enforcement of minimum wage provisions. Recommendation No. 135 provides measures to enhance the effective application of minimum wage laws, as delineated in Article 5 of the Convention which contains also the following measure of what we call "positive enforcement": countries must ensure the dissemination of minimum wage provisions in languages and dialects accessible to the workers requiring protection, with adaptations for illiterate individuals. Countries that commit to simplify legal provisions and procedures to empower workers to effectively exercise their rights under minimum wage laws, including the recovery of underpaid wages. Employers' and workers' organizations must be engaged in safeguarding workers against exploitative practices. Governments and ministries of labor must provide robust protection for workers against retaliatory actions. The ILO's current policy results in a balanced framework both emphasizing stringent enforcement through inspections and penal measures and some positive enforcement actions through protection of workers policies and promotional campaigns between workers and employers. In countries that have adopted a national minimum wage, there is still an opportunity for enhancing the former framework through the development and implementation of positive reinforcement strategies. This dual approach would not only deter violations but also foster a proactive culture of compliance and awareness. The ILO's approach forms the cornerstone of the minimum wage enforcement strategies utilized in the United Kingdom, Australia, and Germany. These nations have adopted similar frameworks, emphasizing the importance of inspections and penalties, but also some policies of positive reinforcement.

3.2 UK LABOR INSPECTIONS AND PENALTIES: WHEN INSPECTIONS MEET POSITIVE ENFORCEMENT

In the UK the National Minimum Wage Act in 1998 introduced a statutory minimum wage to which almost all workers are entitled in the country. Under Section 17 of the 1998 Act, a qualifying worker who receives less than the minimum wage for any pay reference period is legally entitled to receive arrears of payment from their employer. The UK system relies on inspections and penalties, but not only that, awareness campaigns and a transparent public compliance system. Inspections and penalties for non-compliant employers. This is the so-called enforcement which is delegated to the "His Majesty's Revenue and Customs" department (HMRC) which has compliance officers responsible for the enforcement specifically for the national minimum wage. The 1998 Act grants compliance officers the authority to require and hold documents containing information from an employer's premises as part of enforcing minimum wage laws. A Notice of Underpayment (NoU) is issued when a compliance officer determines that minimum wage arrears were outstanding at the beginning of an investigation. A Notice of Underpayment (NoU) usually isn't issued if an employer has already repaid all arrears before an investigation starts, especially if they've corrected issues in response to HMRC's "nudge" activities. These nudges, where HMRC sends reminders to multiple employers to help them spot underpayments, are in the middle of an enforcement strategy that starts with data inspection but doesn't mark the start of a formal investigation. HMRC officers can decide whether to issue an NoU based on the specifics of each case. While NoUs are common when arrears are found, there are situations where cooperation and proactive correction by the employer can prevent penalties, public naming, or enforcement action. In some cases, HMRC may allow employers to self-correct, particularly when there is confidence in the employer's willingness to cooperate, commit to future compliance, and if they haven't had similar issues in the past six years. Various calculation measures are then taken to ensure

that the compensation from the employer at fault is fair, considering some sort of interest rate that takes into account the time since the underpayments and the adjustment for cost of living. To enforce NMW compliance, HMRC has several legal tools at its disposal. For minor breaches, HMRC might offer out-of-court solutions. For serious cases, criminal investigations and prosecutions may be pursued if there is sufficient evidence. These actions ensure that employers who violate NMW laws are held accountable. Criminal offences under the NMW Act include refusing or neglecting to pay the NMW; failing to keep accurate records; making false entries in records or providing false information; and obstructing or refusing to cooperate with compliance officers, which are public officers. So HMRC takes civil enforcement actions (through inspections and affirmative actions) to recover unpaid wages alongside criminal prosecutions. This dual approach aims to ensure that workers are paid what they are owed and that employers face appropriate penalties for non-compliance.

3.2.1 LABOR MARKET ENFORCEMENT COORDINATION: THE ROLE OF THE DIRECTOR

To combat persistent and severe breaches of labor law, Labor Market Enforcement Orders have been introduced. These orders target employers who repeatedly violate labor laws and fail to rectify their practices. Non-compliant businesses can be required to undertake corrective actions, with further legal consequences, including court orders or custodial sentences of up to two years, if they fail to comply. Central to this enforcement framework is the Director of Labor Market Enforcement, a role established under the Immigration Act 2016. The Director provides crucial leadership and coordination among three key enforcement bodies: HMRC's National Minimum Wage (NMW) team, the Employment Agency Standards Inspectorate (EAS), and the Gangmasters and Labor Abuse Authority (GLAA). The Director's role involves overseeing a unified strategy to address various forms

of non-compliance, ranging from minor infringements to serious criminal activities. By leading an intelligence hub that integrates data from HMRC, GLAA, EAS, and the Home Office, the Director ensures a cohesive approach to tackling labor market issues. This coordination enables the strategic allocation of resources and the formulation of effective policies to address exploitation and non-compliance, ensuring a focused and efficient response to labor market abuses.

3.2.2 NAME AND SHAME POLICY: A CARROT AND STICK APPROACH?

In October 2010, the UK government introduced a new scheme to publicly name employers who violate minimum wage laws. The primary goal of the scheme is to leverage social and economic pressures to encourage compliance, recognizing that some employers may be more motivated by the public exposure of their payment practices than by financial penalties alone. By making the details of non-compliance public, the government seeks to not only dissuade employers from breaking the law but also to encourage underpaid workers to come forward and report such issues. In addition, the British Naming Scheme contains an affirmative element consisting of the so-called "Educational Bulletin" that accompanies the list, with a detailed description of the cases mentioned and how they are prosecuted by law. The educational trait of this operation, places it in positive enforcement actions. When an employer receives a Notice of Underpayment (NoU) from HMRC, outlining arrears and associated penalties, HMRC subsequently refers the case to the Department for Business and Trade (DBT) for potential public naming, which occurs after the issuance of the HMRC case closure letter. The threshold for public naming is set at £500 or more in general cases involving arrears. However, a lower threshold of £100 applies if the employer has received another NoU within six years, has an outstanding Labor Market Enforcement Order, or has previous convictions related to National

Minimum Wage (NMW) offences. Employers have the opportunity to contest their naming by submitting written representations to DBT, particularly in cases where personal harm, national security risks, or exceptional public interest factors may be involved. DBT employs stringent criteria in reviewing such representations and accepts only a limited number of cases, requiring employers to provide strong evidence to support their claims. Employers are informed in advance of their potential naming and are given 14 days to present their representation. If these representations are not accepted, the employer will be publicly named after a minimum of 10 working days.

3.3 AUSTRALIA

The 2009 Fair Work Act officially introduced the minimum wage in Australia which from 1 July 2024 is $24.10 per hour or $915.90 per 38-hour week (before tax). The Fair Work Ombudsman (FWO), established by the Fair Work Act 2009, operates under the Compliance and Enforcement Policy to ensure adherence. The FWO's functions include: promoting positive workplace relations and compliance through education and assistance; monitoring and investigating potential breaches of the Act or related instruments; taking legal action to enforce compliance; and referring cases to other relevant authorities when necessary.

When the Fair Work Ombudsman (FWO) identifies potential non-compliance with the Fair Work Act, a Fair Work Inspector may initiate an investigation or inquiry. Investigations can be triggered by specific allegations of non-compliance, while inquiries may also be conducted proactively to monitor compliance. Fair Work Inspectors are equipped with various statutory powers to support their investigative and compliance functions. On-site, Fair Work Inspectors are authorized to inspect work processes, objects, and documents; conduct interviews; request information on who holds or has access to records; require the production of records either immediately or by a specified date;

and make copies of documents, including those stored on computers. Inspectors may also be accompanied by experts, such as interpreters or forensic accountants, to assist with translation or the analysis of digital records.

3.3.1 ENFORCEABLE UNDERTAKING

When the Fair Work Ombudsman (FWO) detects a potential breach of the Fair Work Act, it may offer an "Enforceable Undertaking" (EU) instead of pursuing costly court actions. Accepting an EU shows the FWO's preference for cooperative resolutions and compliance. Once accepted, the FWO cannot take court action for those specific breaches but can do so if the terms are not followed. EUs are often offered in cases of self-disclosure and efforts to correct issues, and may require a contrition payment, assessed based on factors such as the nature of the contraventions, the steps taken to address them, and the proportionality of any potential court penalties.

3.3.2 ENFORCEMENT OUTCOMES: INVESTIGATIONS OR INQUIRIES

Following an investigation or inquiry, Fair Work Inspectors may determine various outcomes based on their findings. These outcomes can include issuing a Compliance Notice, an Enforceable Undertaking, or pursuing other enforcement actions. The specific enforcement approach depends on the nature of the findings and the parties' willingness to cooperate.

Upon completing an investigation or inquiry, the FWO will notify the employer of the outcome through an assessment letter. If no contraventions are found, the notification will reflect this. If insufficient evidence is available to confirm a contravention, the FWO may issue a caution or recommendation to help ensure

compliance, such as advising independent legal consultation. For identified contraventions, a Contravention Letter may be issued. The contravention letter contains details about the failure to comply, requires corrective action within a specified timeframe, requests notification of actions taken to comply and outlines potential further actions by the FWO if compliance is not achieved.

For the inspectors to monitor the correct payments of the legal minimum wages, employers must maintain a clean and clear record keeping. If there are contraventions related to record keeping, pay slips, or job advertisements, the FWO may issue an Infringement Notice. This notice imposes penalties up to $1,878 for individuals and $9,390 for corporations for Fair Work Act breaches, and lower amounts for breaches of Fair Work Regulations. Paying an Infringement Notice does not constitute an admission of guilt, and compliance prevents further court action for the same issue. Then, litigation is reserved for more severe or persistent non-compliance cases. It serves to enforce the law and deter others from similar conduct (general deterrence), ensure compliance by individuals and entities (specific deterrence) and clarify legal obligations and rights (legal clarity).

The FWO may pursue litigation in cases involving deliberate, repeated, or serious non-compliance, exploitation of vulnerable workers, failure to rectify issues after prior warnings, or where there is a history of non-compliance. Even if contraventions are rectified, litigation might be pursued to achieve deterrence. The Fair Work Ombudsman (FWO) is authorized to represent employees or outworkers in court or in proceedings before the Fair Work Commission when such representation is deemed to support compliance with the Fair Work Act. Legal action may be pursued against various parties involved in contraventions, including employers, company directors, human resources managers, external advisors, and other individuals associated with the breach.

The decision to commence litigation is contingent upon the presence of sufficient evidence and an assessment of public interest. In determining whether to proceed with legal action, the FWO evaluates

the likelihood of success, the potential impact on resources, and the broader public interest.

3.3.3 THE AUSTRALIAN "POSITIVE ENFORCEMENT": PUBLIC COMMUNICATION IN COMPLIANCE AND ENFORCEMENT POLICY

The Fair Work Act system equipped itself with a statute on communication and media publications to build civil consciousness. By informing the community about significant compliance and enforcement activities, the Fair Work Ombudsman FWO aims to deter non-compliance and foster a cooperative workplace environment. The FWO manages public communication strategically to promote compliance with workplace laws and maintain transparency. In legal proceedings, the FWO issues media statements at key stages, ensuring public awareness while protecting the integrity of ongoing cases. For compliance activities, the FWO publicizes enforcement outcomes, but typically avoids media releases for specific notices that have been complied with. However, it does announce Enforceable Undertakings (EUs) and Proactive Compliance Deeds (PCDs), publishing key details while protecting privacy.

The FWO also communicates on educational initiatives to foster a culture of compliance. In certain cases, it may identify third parties involved in non-compliance, especially if their actions significantly contributed to the breach or if they benefited from it. This identification is done with care to ensure fairness and accuracy. Overall, the FWO's communication efforts aim to enhance public confidence and encourage adherence to workplace laws.

3.4 GERMANY

Beyond the system of penalties, In Germany, works councils (*Betriebsrat*) have a crucial role in enforcement activities in workplaces,

having the right to check the wages applied. Unlike the customs authorities, they can guarantee anonymity to complaining workers. The Federal Ministry of Labor and Social Affairs (BMAS) and the DGB run a minimum wage hotline to provide support to workers and employers.

3.4.1 EXCLUSION FROM PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES

In Germany, a naming and shaming system has been directly applied through the use of award certificates aimed at promoting compliance and highlighting non-compliant employers. SOKA-BAU, an organization responsible for managing contributions to social funds in the construction sector, awards these certificates to companies that adhere to collectively agreed working conditions, including the correct payment of contributions. Companies that receive these certificates may use them as certified documents when bidding for public contracts, thus creating a system that rewards compliance and excludes non-compliant companies, such as those paying less than the minimum wage, from accessing public grants and tenders.

4 LEGAL FRAMEWORK IN BRAZIL ABOUT MINIMUM WAGE

4.1 CONSTITUTIONAL AND LEGAL FOUNDATIONS: THEORY AND PRACTICE

The legal framework for the minimum wage in Brazil is designed to ensure that all workers receive fair compensation that meets basic living standards (Carneiro, Foguel, Albrecht Ramos, 2001). This framework is primarily anchored in the Federal Constitution and further detailed through specific labor laws and regulations. Article 7, of the Federal Constitution guarantees a national minimum wage, which must be periodically adjusted to preserve its purchasing power

and ensure it is sufficient to meet essential needs such as housing, food, education, health, leisure, and transportation. This constitutional provision forms the bedrock of Brazil's commitment to protecting workers' earnings. It also establishes a broad set of rights for workers, ensuring that they are afforded basic protection and benefits in the workplace. These rights are designed to promote fair labor practices and improve the quality of life for employees, such as working hours, paid annual leave, employment stability, social security, right to unionize, maternity and paternity leave.

Complementing this, Article 76 of the Consolidation of Labor Laws (CLT) specifies the criteria for setting and adjusting the minimum wage, ensuring a systematic approach to maintaining wage adequacy in line with economic conditions. It specifies that the minimum wage should be established based on several criteria. Firstly, the minimum wage must be sufficient to cover the basic needs of a worker and their family. Then, Art. 118 comes to compliance and enforcement prescribing that workers who are paid less than the minimum wage shall have the right, notwithstanding any contract or agreement to the contrary, to claim from their employer the supplement to their minimum wage.

Art. 119 says that actions to recover the difference shall be barred in 2 (two) years, counting for each payment from the date on which it was made.

More practically, Art. 126 states that The Minister of Labor, Industry and Commerce will issue the necessary instructions for the inspection of the minimum wage and may entrust this inspection to any of the component bodies of the respective Ministry, as well as to the inspectors of the Retirement and Pension Institutes in the form of the legislation in force.

Moreover, Law No. 14,663, of August 28, 2023 defines the minimum wage amount starting from May 1, 2023; establishes the permanent minimum wage appreciation policy to take effect from January 1, 2024; and amends the values in the monthly table of the Income Tax for Individuals referred to in Article 1 of Law No. 11,482,

of May 31, 2007, as well as the deduction values provided in Article 4 of Law No. 9,250, of December 26, 1995.

To ensure compliance with laws, the Federal Labor Inspection System, under the responsibility of the Ministry of Labor and Employment, decree 4.552 from 2002 requires that the distribution of Labor Inspectors among the different inspection areas of the same district will obey the rotation system, carried out by public lottery, with reappointment to the same area in the following period being prohibited. Labor inspectors will remain in the different inspection areas for a maximum period of twelve months to ensure independence and rotation.

Brazil's minimum wage framework has been shaped by various decisions from the Supreme Federal Court (STF), the Superior Labor Court (TST), and Regional Labor Courts. In Direct Action of Unconstitutionality (ADI) No. 1.458-7, the STF addressed the constitutionality of Provisional Measure No. 1.415/1996, noting that the minimum wage at the time was insufficient for basic needs. The court decided not to annul the law, as this would have reverted to an even lower wage, worsening workers' conditions. The STF ruled that the failure to adjust the minimum wage partially violated the Constitution but could only notify legislators to address the issue, not enforce changes directly.

In Case No. TST-Ag-AIRR - 571-47.2021.5.20.0003, the TST upheld a lower court's decision requiring an employer to pay wage differences due to non-compliance with the minimum wage. The employer's failure to meet the legal minimum was deemed a breach of contract, justifying indirect termination under Article 483 of the CLT. This case highlighted the serious legal consequences of not adhering to minimum wage requirements.

At the regional court level, Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região TRT-13 - Recurso Ordinario Trabalhista: ROT 0000169-37.2021.5.13.0010 addressed minimum wage compliance, emphasizing that remuneration must meet the legal minimum for an eight-hour workday (Article 7, IV, CF/1988). The court ruled in favor of the plaintiff,

noting that the wage difference was due as there was no evidence of regular payment.

Despite a robust legal framework, challenges persist, reflecting the complexity of minimum wage issues in Brazil's highest courts.

4.2 INSTITUTIONAL ROLES IN MINIMUM WAGE ENFORCEMENT

The Ministry of Labor and Employment (MTE) serves as the central authority, formulating labor policies and overseeing their implementation. At the regional level, Delegacias Regionais do Trabalho (DRTs) operate as state labor offices under the MTE. Located in the capital cities of each state, DRTs are responsible for the local implementation of federal labor policies, including the enforcement of minimum wage laws. Regarding the minimum wage, the following should be observed by the Statistics Service of Social Security and Labor: provide opinions on issues related to labor inspection and on draft regulations concerning working conditions; instruct the processes for registering labor contracts and maintain records of these contracts; examine the contracts for extending working hours, instructing the respective processes; instruct processes originating from violations of the laws and regulations referred to in item I of this article; organize the registry of offenders (Decree No. 41,478, of May 8, 1957).

The Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego (SRTE), Gerências Regionais do Trabalho e Emprego (GRTE), and Agências Regionais are state-based service units responsible for implementing, supervising, and monitoring public labor and employment policies. In addition to promoting job creation and income generation, they manage the Sistema Público de Emprego, oversee labor inspections, and mediate and arbitrate in collective bargaining processes.

The Superior Labor Court (TST) serves as the judicial authority that adjudicates labor disputes and ensures consistent interpretation and application of labor laws across Brazil.

The TST plays a critical role in upholding workers' rights and resolving conflicts related to minimum wage compliance.

5. LABOR INSPECTION AND COMPLIANCE IN BRAZIL

5.1 APPROACHES TO SANCTIONING ABUSIVE EMPLOYERS

One of the strategies in Brazilian labor legislation is the use of sanctions that exclude employers from accessing public and private credits if they are found to be in violation of labor standards. This approach, as highlighted by Benassi (2011), includes the infamous "Dirty List" ("Lista Suja") of companies using slave labor, enforced by the Department of National Integration. Companies listed for engaging in practices like forced labor are not only subject to criminal procedures and fines but are also cut off from financial support, which serves as a powerful deterrent against non-compliance.

5.2 LABOR INSPECTION SYSTEM AND ITS EVOLUTION

The Federal System of Labor Inspection, established by the 1988 Constitution, recognized the critical role of labor inspectors in enforcing compliance (Posthuma & Bignami, 2014). This system, managed by the Ministry of Labor and Employment (Ministério do Trabalho e Emprego, MTE), operates through its regional offices known as Regional Labor Offices (Delegacias Regionais do Trabalho, DRT), and is overseen by the Labor Auditor (Auditor Fiscal do Trabalho). The Labor Auditor's responsibilities include inspecting workplaces to ensure compliance with labor laws, including minimum wage provisions. Inspections can be both scheduled and random, based on risk assessments or specific complaints. If a violation is detected, the auditor has the authority to impose penalties, such as fines, which can be doubled in cases of repeat offences. Moreover, Brazil's labor

laws allow employees to report violations anonymously, providing a safeguard against retaliation (Benassi, 2011; Posthuma & Bignami, 2014).

5.3 CHALLENGES AND COMPLIANCE SOLUTIONS FOR LABOR INSPECTION

Brazil has about 3,050 labor inspectors, a number that has remained relatively stable since 1990 (Neil, 2013). However, the effectiveness of labor inspection has improved due to changes in incentive structures and new methods for meeting inspection targets. For instance, to reduce the risk of corruption among inspectors, there has been an emphasis on higher, performance-based salaries (Neil, 2013). Inspectors' salaries can be partially financed through fines collected from non-compliant employers (Posthuma & Bignami, 2014). Labor inspection has been bolstered by procedural innovations, such as the formation of specific inter-ministerial teams like the Special Mobile Inspection Group, which focuses on detecting and penalizing grave labor violations, including child labor and forced labor (Nocchi et al., 2011). The integration of 'hard' and 'soft' tactics – combining enforcement with technical support and education – has proven effective in helping firms achieve compliance (Posthuma & Bignami, 2014).

The Federal Constitution guarantees the right to a minimum wage, which is periodically adjusted to reflect economic conditions, particularly inflation. This adjustment process is designed to progressively increase the real value of the minimum wage, thereby safeguarding workers' purchasing power (Neil, 2013).

The enforcement of the minimum wage is the responsibility of labor inspectors from the Ministry of Labor, with support from trade unions (Cacciamali et al., 2015). The Labor Justice system also plays an active role by reviewing complaints against non-compliant employers, imposing fines, and ordering compensation payments to affected workers (Cacciamali et al., 2015).

The effectiveness of minimum wage enforcement has been enhanced by various factors. The Ministry of Labor has improved control over informality through virtual monitoring tools integrated with the Ministry of Finance and the Ministry of Social Security (Cacciamali et al., 2015). Additionally, the National Plan to Combat Informality (Plano Nacional de Combate à Informalidade dos Trabalhadores Empregados - PNCITE) established in 2014 institutionalized measures such as increased wages for inspectors, hiring more qualified personnel, and intensifying their training (Cacciamali et al., 2015).

6 REGIONAL DISPARITIES IN MINIMUM WAGE COMPLIANCE IN BRAZIL

6.1 DRAMATIC REGIONAL DISPARITIES IN WAGE DISTRIBUTION AND WORKING CONDITIONS AROUND THE COUNTRY

The effectiveness of a minimum wage policy in Brazil depends not only on the coverage of its legal provisions but also on the level of compliance across different Brazilian regions. Compliance can be assessed in several ways, with a common method in empirical studies being the calculation of the percentage of workers earning less than the legal minimum wage. We therefore calculated this share for the different regions of Brazil (Table 1) The only region where the population gaining less than the legal minimum wage exceeds the population gaining more , is in the North-East region, where the quote of workers earning less than the national minimum wage arrives to 50.35% in the last trimester of 2023, a dramatic number considering that the North-East population represents around 26.91% of Brazilian population, with 54,6 million people living there (IBGE 2022). According to this analysis this should mean that in the North-East of the country around 29,2 million people are working with very low wages and in informal jobs.

TABLE 1: Shares of workers under minimum wage (0) for each state of Brazil.

	Minimum Wage	NO Minimum Wage
South	84.29%	15.71%
Center-West	80.71%	19.29%
South-East	78.36%	21.64%
North	62.30%	37.70%
North-East	49.65%	50.35%

Source: PNAD Continua Data (Q4 of 2023); authors' elaboration.

Minimum wage compliance policies can be targeted, so the analysis can be extended, one example, the tragic race inequalities perpetuated in Brazil. It is possible to see how access to work covered by the national minimum wage is greater for white workers throughout the country, meaning that white workers have access to higher quality jobs, both in terms of wages, national health insurance, working hours and vacations (Table 2).We can see that the category of white men is the one mostly covered by the national minimum wage with a national share of 81.44%. It is followed by white women where this share gets to almost 76%. While we can see that only 66% of black men population in Brazil receives the national minimum wage, and the most dramatic number, only 59% of black women receives the national minimum wage, meaning that in Brazil around 41% of black women might be receiving a wage lower than what the Federal State assumes to be decent.

TABLE 2: Shares of workers under minimum wage for sex and race, aggregate national data.

	Minimum Wage	NO Minimum Wage
White Men	81.44%	18.56%
White Women	75.74%	34.16%
Black Men	65.84%	24.26%
Black Women	59.75%	40.25%

Source: PNAD Continua Data (Q4 of 2023); authors' elaboration.

Now if we consider only the North-East region, this is what happens:

Table 3: Share of minimum wage-earning workers by sex and race in North-East of Brazil.

	Minimum Wage	NO Minimum Wage
White Men	56.73%	43.27%
White Women	57.46%	42.54%
Black Men	47.90%	52.10%
Black Women	45.93%	54.07%

Source: PNAD Continua Data (Q4 of 2023); authors' elaboration.

Only the populations of white men and white women are those in which people gaining more than the minimum wage exceed those who gain less.

The first key to interpreting these data is that the white population in the Northeast has access to better quality formal jobs and therefore enjoys the national minimum wage, but it could also mean that monitoring and compliance policies on the minimum wage are failing, especially in the Northeast of the country, where the most fragile populations are not to be protected.

6.2 THE WAGE GAP BETWEEN METROPOLITAN AND URBAN WORKERS

The dramatic inequalities between men and women and black and white people seen in the previous paragraph, are observed also in metropolitan areas (Table 4).

TABLE 4: Average wages of urban and rural workers for sex and race.

	Average Wages (Urban) R$	Average Wages (Rural) R$
White Men	2725,664	2308,719
Black Men	2403,705	2127,585
White Women	2389,279	1838,288
Black Women	1971,946	1464,212

Source: PNAD Continua Data (Q4 of 2023); authors' elaboration.

Again, white men workers in metropolitan areas earn on average at least 300 reais more than black men, white women and black women.

What emerges from our analysis is a dramatic figure for black women in both metropolitan and rural areas. On average, black women earn 1970 reais per month, 1,000 less than white men and 700 less than white women. Such dynamic is exacerbated within groups in the rural areas and between groups (Metropolitan-Rural disparity) for remunerations under 5500 reais.

Our analysis shows that workers in local rural employment areas are less likely to receive a wage above the statutory minimum wage than urban workers. The same applies to women and black/white/indigenous workers. The strong figure that emerges is also that of informal work (Table 5). That is, being employed in informal work massively increases the probability of receiving less than the minimum wage.

TABLE 5: Probit model showing probabilities of receiving less than minimum wage for workers.

```
. probit y urban sexo raca anosest informal

Iteration 0:   log likelihood = -36964.871
Iteration 1:   log likelihood = -26735.631
Iteration 2:   log likelihood = -26655.915
Iteration 3:   log likelihood = -26655.817
Iteration 4:   log likelihood = -26655.817

Probit regression                                 Number of obs   =      53331
                                                  LR chi2(5)      =   20618.11
                                                  Prob > chi2     =     0.0000
Log likelihood = -26655.817                       Pseudo R2       =     0.2789

------------------------------------------------------------------------------
           y |      Coef.   Std. Err.      z    P>|z|     [95% Conf. Interval]
-------------+----------------------------------------------------------------
      urbano |   -.423328   .0144626   -29.27   0.000    -.4516743   -.3949818
        sexo |  -.4041441   .0133205   -30.34   0.000    -.4302519   -.3780363
        raca |  -.1515274   .0143726   -10.54   0.000    -.1796972   -.1233577
    anosest |  -.0744428   .0015698   -47.42   0.000    -.0775196   -.0713661
   informal |   1.286736   .0129912    99.05   0.000     1.261273    1.312198
      _cons |   .6050948   .0238417    25.38   0.000     .5583659    .6518238
------------------------------------------------------------------------------
```

More specifically, urban workers have 42% less likelihood of getting a job that pays less than the national minimum wage. The same goes for men workers where this percentage is 40%. These data anticipate that a policy of compliance and monitoring the enforcement of minimum wage laws, should increase the focus on businesses located in rural areas, businesses that hire black workers and female workers, with greater intensity in the northeast of the country.

7 CONCLUSIONS AND LESSONS LEARNED FROM A COMPARATIVE ANALYSIS OF MINIMUM WAGE ENFORCEMENT

The effective implementation and enforcement of minimum wage policies must tackle the most pressing socio-economic disparities at both national and regional levels. Across the countries analyzed, it is evident that a system of control mechanisms with inspections and penalties plays a central role in ensuring compliance. However, what stands out in our comparative analysis is that enforcement must go beyond mere punitive measures and should integrate educational and awareness-raising efforts to foster a culture of compliance. Our

analysis reveals that in countries like the UK and Brazil, enforcement mechanisms such as the "Name and Shame List" and the "Suja List" can pressure employers through reputational risks. However, the UK's approach, which combines this list with an 'Educational Bulletin,' adds a valuable dimension by fostering awareness and compliance through education for both workers and employers. This creates a positive culture of compliance and reinforces labor rights. The German certification system could be an element to be added for higher scores when participating in public tenders and funding.

In Brazil, labor inspections should prioritize protecting the most vulnerable workers—those concentrated in non-decent working conditions, particularly in rural areas and the northeastern states, where over 50% of salaried workers earn less than the minimum wage. A targeted focus on companies that hire black women, who face the highest exposure to below-minimum-wage jobs, is crucial. In this context, "positive reinforcement" strategies must go beyond penalties and fines. Continuous training for both workers and employers on rights and obligations is essential, with particular attention to regions where inequality and non-compliance are most rampant. To address these challenges, we propose that Brazil's *Escola Trabalhador 4.0* expand its current vocational training to include courses on occupational health and safety, as well as fundamental labor rights such as the minimum wage. Additionally, incorporating mandatory training on these topics into the National Employment System (NES) would reinforce these efforts. The NES already plays a central role in organizing the labor market, and by integrating rights education, it can further support workers across the country. Trade unions should also actively participate in these campaigns, focusing on awareness and training initiatives that address the structural inequalities present in the labor market. These combined efforts can ensure a more robust and equitable enforcement of the legal minimum wage.

Finally, a proactive system of case negotiation, as in Australia without immediately entering legal disputes and sanctions, has still little relevance in Brazilian legislation and inspection processes.

However, a focus on the possibilities opened up by more affirmative and cooperative operations requires greater investment in personnel, and here we return to the economic problem of sustaining the activities of superintendencies which we reserve to investigate further in the future.

REFERENCES

ACEMOGLU, D. Good jobs versus bad jobs. **Journal of Labor Economics**, 19(1), p. 1-21, 2001. Disponível em: https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/209978. Acesso em 6 set. 2024.

ALMEIDA, R., & CARNEIRO, P. Enforcement of labor regulation and firm size. Journal of Comparative Economics, 37(1), p. 28-46, 2009. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.jce.2008.09.004. Acesso em 29 ago. 2024.

ALMEIDA, R., & RONCONI, L. **The enforcement of labor law in the developing world: Some stylized facts from labor inspections**. In: IZA/World Bank Conference on Employment and Development. New Delhi, 2012. Disponível em: https://conference.iza.org/conference_files/worldb2012/ronconi_l8191.pdf. Acesso em 22 set. 2024.

ALVES, F. F. de A.; GIANI, G.; CIRINO, L. F. R. O SALÁRIO-MÍNIMO BRASILEIRO: UM OLHAR JURÍDICO, POLÍTICO E ECONÔMICO. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, *[S. l.]*, n. 8, p. 642–654, 2020. Disponível em: https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2166. Acesso em: 8 set. 2024.

AMADEO, E. J., GILL, I. S., & NERI, M. C. (2000). Brazil: the pressure points in labor legislation. Rio de Janeiro: FGV, EPGE, 2010 (**Ensaios Econômicos**; 395). Disponível em: https://repositorio.fgv.br/items/3bad9aa1-ffe1-446a-9a27-29a8db69d411. Acesso em 1 set. 2024.

AKERLOF, G. A., & YELLEN, J. L. The fair wage-effort hypothesis and unemployment. The Quarterly Journal of Economics, 105(2), p. 255-283, 1990. Disponível em: https://doi.org/10.2307/2937787. Acesso em 27 ago. 2024.

AHLFELDT, G. M., ROTH, D., & SEIDEL, T. The regional effects of Germany's national minimum wage. **Economics Letters**,

172, p. 127-130, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.econlet.2018.08.032. Acesso em 3 set. 2024.

ASHENFELTER, O., & SMITH, R. S. Compliance with the minimum wage law. Journal of Political Economy, 87(2), p. 333-350, 1979. Disponível em: https://doi.org/10.1086/260759. Acesso em 29 ago. 2024.

BALL, H. V., & FRIEDMAN, L. M. **The use of criminal sanctions in the enforcement of economic legislation: A sociological view**. In: White-Collar Criminal. Routledge, 1st ed, p. 3-19, 2017.

BENASSI, **.** The implementation of minimum wage: challenges and creative solutions. **Global Labor University** Working Paper No. 12. International Labor Organization (ILO), Geneva, 2011. Disponível em: https://hdl.handle.net/10419/96391. Acesso em 27 ago. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 set. 2024.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. In: Coletânea de Legislação. 104ª Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CACCIAMALI, M. C., CHAKRABARTY, T., RODGERS, G., & TATEI, F. Minimum wage policy in Brazil and India and its impact on labor market inequality: Project paper F.1. **Institute for Human Development**, New Delhi, IN, 2015. Disponível em: http://hdl.handle.net/10625/55285. Acesso em 30 ago. 2024.

CARNEIRO, F. G., FOGUEL, M. N., & ALBRECHT RAMOS, L. R. The Impacts of the Minimum Wage on the Labor Market, Poverty and Fiscal Budget in Brazil. **IPEA**. Working Paper, n. 839, 2001. Disponível em: https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.290623. Acesso em 3 set. 2024.

CARDOSO, A., & LAGE, T. Labor inspection in Brazil. **Dados**, 2(SE), 2006. Disponível em: https://www.proquest.com/scholarly-journals/labor-inspection-brazil/docview/1432771213/se-2. Acesso em 2 set. 2024.

COLEMAN, N. Towards new collective bargaining, wage and social protection strategies in South Africa - Learning from the Brazilian experience. **Global Labor University** Working Paper, No. 17, 2013. Disponível em: https://hdl.handle.net/10419/96397. Acesso em 1 set. 2024.

EARNHART, D. H., & GLICKSMAN, R. L. Coercive vs. cooperative enforcement: Effect of enforcement approach on environmental management. **International Review of Law and Economics**, 42, p. 135-146, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.irle.2015.02.003. Acesso em 4 set.

FENN, P., & VELJANOVSKI, C. G. A positive economic theory of regulatory enforcement. The Economic Journal, 98(393), p. 1055-1070, 1988. Disponível em: https://doi.org/10.2307/2233719. Acesso em 7 set.

GINDLING, T. H., MOSSAAD, N., & TREJOS, J. D. The consequences of increased enforcement of legal minimum wages in a developing country: An evaluation of the impact of The Campaña Nacional de Salarios Mínimos in Costa Rica. **ILR Review**, 68(3), p. 666-707, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0019793915575703. Acesso em 20 ago. 2024.

INTERNATIONAL LABOR OFFICE. **Committee of experts on the application of conventions Labor Inspection**. International Labor Organization, Vol. 93, 2006.

JUDGE, L., & SLAUGHTER, H. Enforce for good. **Resolution Foundation**, p. 25, 2023. Disponível em: https://www.resolutionfoundation.org/app/uploads/2023/04/Enforce-for-good.pdf. Acesso em 19 ago. 2024.

KREPS, D. M., MILGROM, P., ROBERTS, J., & WILSON, R. Rational cooperation in the finitely repeated prisoners' dilemma. Journal of Economic Theory, 27(2), p. 245-252, 1982. Disponível em: https://doi.org/10.1016/0022-0531(82)90029-1. Acesso em 1 set. 2024.

LEMOS, S., RIGOBON, R., & LANG, K. Minimum wage policy and employment effects: Evidence from Brazil [with Comments]. **Economía**, 5(1), p. 219-266, 2004. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20065471. Acesso em: 26 ago. 2024.

MARIA, J. C. C., CRIPPA, A., DRUFUCA, S., PESCE, F., SAMEK, M., COTTINI, E., ... & LUCIFORA, C. Minimum wages: Non-compliance and enforcement across EU Member States–Comparative report. **Eurofound**, pp. 1-119, 2023. Disponível em: https://iris.unito.it/bitstream/2318/1945032/1/wpef23035.pdf. Acesso em: 2 set. 2024.

MELO, F. L. B. de. The Minimum Wage Campaign in Brazil and the Fight against Inequality. Global Labor Journal, 6(3), p. 282-301, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.15173/glj.v6i3.2346. Acesso em 5 set. 2024.

POSTHUMA, A., & BIGNAMI, R. 'Bridging the gap'? Public and private regulation of labor standards in apparel value chains in Brazil. **Competition & Change**, 18(4), p. 345-364, 2014. Disponível em: https://doi.org/10.1179/1024529414Z.00000000065. Acesso em 6 set. 2024.

RANI, U., BELSER, P., OELZ, M., & RANJBAR, S. Minimum wage coverage and compliance in developing countries. International Labor Review, 152(3-4), p. 381-410, 2013. Disponível em: https://doi.org/10.1111/j.1564-913X.2013.00197.x. Acesso em 7 set. 2024.

SCHOLZ, J. T. Voluntary compliance and regulatory enforcement. **Law & Policy**, 6(4), p. 385-404, 1984. Disponível em: https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.1984.tb00334.x. Acesso em 24 set. 2024.

SOKA-BAU SOKA-BAU: Informationen 2021. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG. Wiesbaden, 2021.

STIGLER, G. J. The optimum enforcement of laws. Journal of Political Economy, 78(3), p. 526-536, 1970. Disponível em: https://doi.org/10.1086/259646. Acesso em 4 set. 2024.

UK GOVERNMENT National minimum wage: Policy on enforcement, prosecutions and naming employers who break national minimum wage law. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/enforcing-national-minimum-wage-law/national-minimum-wage-policy-on-enforcement-prosecutions-and-naming-employers-who-break-national-minimum-wage-law. Acesso em: 5 de setembro de 2024.

O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: UM FOSSO DE INIQUIDADES A SER TRANSPOSTO

ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL: A GAP OF INEQUITIES TO BE OVERCOME

Fernando Gonzaga Jayme[176]

Henrique Frontezch Barroso[177]

Laura Tavares Souza[178]

Resumo: O acesso à justiça é uma temática relevante, atual e complexa. Sua importância e contemporaneidade ressaem da circunstância de o Brasil comprometer-se com sua concretização e universalização, conforme a Meta 16 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU. Nesse sentido, parte-se da estreita relação entre acesso à justiça e fortalecimento do Estado de Direito e da democracia, na medida em que garantir acesso à justiça a todas as pessoas, especialmente àquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade, é essencial para que todas sejam igualmente reconhecidas em sua dignidade. Partindo do reconhecimento de seu caráter universal, a garantia do acesso à justiça nos leva, a partir da atualização dos fundamentos apresentados na obra de Cappelletti,

176 Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFMG. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Advogado. Vice-Presidente do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos. Orientador na Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Promotor de Justiça do Estado de Goiás. Email: fernando-jayme@ufmg.br. http://lattes.cnpq.br/5361758453733725.

177 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, monitor-acadêmico de Direito Processual Civil II sob orientação do Prof. Dr. Fernando Jayme Gonzaga, pesquisador pelo Centro de Excelência Jean Monnet da UFMG sob orientação do Prof. Dr. Marcelo Féres e estagiário-acadêmico do Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais (BDMG). Email: henriquefrontezch@gmail.com http://lattes.cnpq.br/0003226063067782.

178 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, monitora-acadêmica de Direito Processual Civil II sob orientação do Prof. Dr. Fernando Jayme Gonzaga e estagiária-acadêmica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Email: lauratavaresufmg@gmail.com.

Garth e Trocker, *Acess to Justice: Variantions and Continuity of a World-Wide Movement*, a considera-la, no Brasil contemporâneo, sob dois aspectos: I) análise dos meios pragmáticos de promoção da acessibilidade ao sistema judicial, a partir, principalmente, de relatórios produzidos pela Defensoria Pública e pelo Conselho Nacional de Justiça e, II) sob o aspecto substancial, analisar a efetividade da garantia de proteção judicial dos cidadãos inseridos no sistema Judiciário, verificando se aos cidadãos foi assegurada efetiva proteção judicial, no sentido de tornar efetivos seus direitos, em conformidade com os princípios constitucional e convencionalmente estabelecidos. É nesse quadro que o acesso à justiça é tão somente o caminho para garantir justiça, reconhecendo que a sociedade brasileira é uma sociedade heterogênea, plural e diversa.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Direito Fundamental; Efetivação Jurisdicional; Ondas de Acesso à Justiça; Gargalo de Acessos; Multiportas de Acesso à Jurisdição.

Abstract: Access to justice is a relevant, current and complex issue. Its importance and contemporaneity arise from the fact that Brazil is committed to its realization and universalization, according to Goal 16 of the UN Sustainable Development Goals. In this sense, it is based on the close relationship between access to justice and the strengthening of the rule of law and democracy, to the extent that guaranteeing access to justice to all people, especially those who are in vulnerable situations, is essential for all to be equally recognized in their dignity. Starting from the recognition of its universal character, the guarantee of access to justice leads us, based on the updating of the foundations presented in the work of Cappelletti, Garth and Trocker, *Access to Justice: Variantions and Continuity of a World-Wide Movement*, to consider it, in contemporary Brazil, under two aspects: I) analysis of the pragmatic means of promoting accessibility to the judicial system, based mainly on reports produced by the Public Defender's Office and the National Council of Justice and, II) under the substantial aspect, to analyze the effectiveness of the guarantee of judicial protection

of citizens inserted in the judicial system, verifying whether citizens were assured effective judicial protection, in order to make their rights effective, in accordance with the constitutionally and conventionally established principles. It is in this context that access to justice is only the way to guarantee justice, recognizing that Brazilian society is a heterogeneous, plural and diverse society.

Keywords: Access to Justice; Fundamental Rights; Judicial Effectiveness; Waves of Access to Justice; Access' Obstacles; Multiple Access Points to Jurisdiction.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é uma temática relevante, atual e complexa. Sua importância e contemporaneidade ressaem da circunstância de o Brasil comprometer-se com sua concretização e universalização conforme a Meta 16 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU.

A análise que se realiza acerca do acesso à justiça no Brasil considera a teoria das ondas de acesso à justiça desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, no âmbito do Projeto Florença. A alentada pesquisa de direito processual civil comparado desenvolvida, na década de 70[179], chegou a importantes conclusões que renovaram e revolucionaram o campo do direito processual pelo mundo.

A classificação em ondas teve o propósito de apontar os momentos históricos e os respectivos desafios para assegurar acesso à justiça. Cappelletti identificou três ondas renovatórias de acesso à justiça: a primeira identifica as barreiras econômico-financeiras de acesso ao

179 Trata-se do Projeto Florença, sob a coordenação de Mauro Cappelletti, Bryan Garth e Nicolo Trocker, o objetivo principal do estudo consistia em definir uma nova abordagem do acesso à justiça na sociedade contemporânea, "baseada na ruptura com a crença tradicional da confiabilidade das instituições jurídicas e no desejo de tornar efetivo o direito de todos os cidadãos". MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. Quaestio Iuris, vol. 8, nº 03. Rio de Janeiro, 2015, p. 1829.

Judiciário e relata a experiência no direito comparado, da atuação dos estados para oferecerem aos hipossuficientes econômicos serviços jurídicos que lhes propicie reivindicar seus direitos em juízo; a segunda destaca a ampliação da tutela jurisdicional mediante a admissibilidade de ações visando à efetivação de direitos coletivos e difusos, no caso brasileiro, por meio de representação legítima exercida por entes públicos e privados; enfim, a terceira onda contempla os meios de solução consensual de conflitos.

O Projeto Florença produziu grande impacto no ordenamento jurídico brasileiro, com a consagração na Constituição da República do acesso à justiça como garantia fundamental. Nesse diapasão, a assistência judiciária, disciplinada em lei desde 1950, é alçada a direito fundamental, assim como foi constitucionalizada a Defensoria Pública como instituição pública com atribuição de representação dos interesses juridicamente tutelados dos hipossuficientes econômicos. O mesmo fenômeno constitucionalizador se verifica no âmbito da segunda onda renovatória de acesso à justiça, considerando que ações destinadas à defesa de interesses difusos e direitos coletivos, como a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública passaram a ter expressa previsão constitucional. Em relação à terceira onda, os meios consensuais de resolução de conflitos ganharam destacado reconhecimento com a Resolução nº 125/2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Código de Processo Civil, devido à necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

Tendo como referência o artigo, *Access to Justice: Variations and Continuity of a World-Wide Movement* (Garth; Trocker, 1982) objetiva-se apresentar a situação do acesso à justiça no Brasil, a partir de dados quantitativos e apresentar caminhos desjudicializadores, aptos a contribuir para mitigar as consequências indesejáveis da restrição de acesso à justiça, imposta à parcela considerável dos cidadãos.

Com o tempo e a assimilação de valores e princípios democráticos, a concepção de acesso à justiça está em permanente

processo de aperfeiçoamento. No entanto, ainda estamos distantes da universalização do acesso à justiça, mesmo diante de estatísticas que informam, ano a ano, considerável aumento da judicialização, bem como do crescimento dos recursos orçamentários destinados ao Poder Judiciário.

A Defensoria Pública, instituição a qual foi atribuída a defesa de direitos individuais e coletivos das pessoas economicamente hipossuficientes, não dispõe de recursos humanos e materiais suficientes para assegurar a todas essas pessoas, em todo o território, acesso ao Poder Judiciário. As limitações da Defensoria Pública levantam uma questão referente aos custos para ampliação da sua atuação, em um país de recursos limitados e de indicadores de desenvolvimento humano que nos colocam na 89ª posição entre 193 países, com déficits de direitos fundamentais relacionados à existência material digna, provocam a necessidade de se pensar outras formas complementares à atuação da Defensoria Pública para assegurar a todos o acesso à efetiva garantia de proteção judicial.

O sistema normativo de proteção dos interesses difusos e direitos coletivos por meio de ações específicas para esse fim, apesar de sua amplitude, também se mostrou insuficiente para suprir as carências de direitos dos cidadãos.

Por sua vez, os meios consensuais de solução de conflitos, antes abordados laconicamente na legislação, ganham, a partir da atuação do CNJ, nova roupagem e um papel destacado no sistema Judiciário a partir do reconhecimento da necessidade de ampliar os meios de solução dos conflitos, para além do meio adjudicatório. Os estímulos à consensualidade têm por premissas a necessidade de desjudicializar a solução de conflitos em razão do extraordinário volume de processos em curso perante o Judiciário brasileiro, bem como a necessidade de tratamento adequado dos conflitos a fim de oferecer soluções mais efetivas e satisfatórias. A adoção, concomitante ao processo judicial, dos meios consensuais de solução dos conflitos, sempre que possível, é proporcionar uma solução célere, desburocratizada, menos onerosa e ainda, que fortalece a cidadania e contribui para

redução da litigiosidade exacerbada com a qual nos deparamos no âmbito do Judiciário. Todavia, romper com a cultura da judicialização, fortemente arraigada em nossa formação jurídica e no senso comum, se apresenta como uma tarefa árdua, posto que, malgrado os esforços institucionais e o aumento do número de processos, a busca pela solução consensual encontra-se estagnada:

> Especialistas em direito consideram que esses números refletem, em parte, um fenômeno positivo: mais gente recorre à Justiça por conhecer melhor seus direitos e pela maior possibilidade de acesso ao sistema Judiciário. Bem menos conhecidos são os meios consensuais de resolução de conflitos, que podem gerar processos homologados após acordo entre as partes, obtido com a utilização dos instrumentos de mediação e conciliação. De todos os processos concluídos em municípios de quatro estados brasileiros (Ceará, São Paulo, Rio de Janeiro e Piauí) entre 2013 e 2017, apenas 8,7% foram ratificados com o uso desses instrumentos, embora sua adoção reduza praticamente pela metade o tempo de tramitação. De acordo com a pesquisa, os procedimentos meramente burocráticos consomem metade do tempo de andamento dos litígios (Ferrari, 2024).

Com efeito, o tema proposto será abordado com vistas a contribuir para o debate, sob as lentes da realidade brasileira e das garantias consagradas na Constituição da República, almeja-se propor caminhos compromissados com a superação das barreiras de acesso à justiça que ainda perduram para as pessoas economicamente vulneráveis e que as privam do pleno exercício e gozo da cidadania.

2 O ABARROTAMENTO DO JUDICIÁRIO E RESTRIÇÕES AO ACESSO À JUSTIÇA

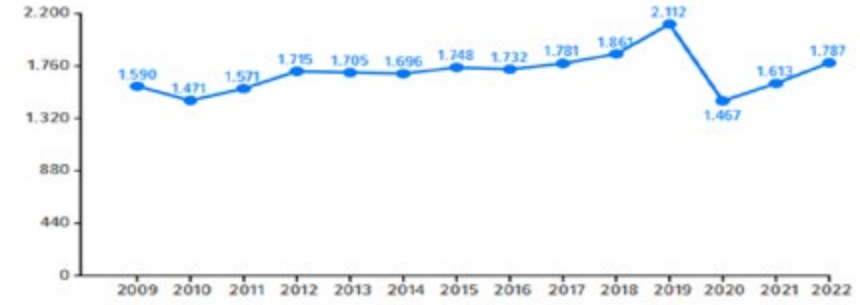
Cappelletti e Garth (1988, p. 12) assevera que o acesso à justiça é "requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos – de sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos". Reconhece-se, portanto, que o acesso à justiça é uma garantia fundamental voltada à realização dos demais direitos. Desta maneira, na medida em que os direitos humanos representam valores fundamentais ínsitos à pessoa humana, não prescindem, em caso de virem a ser desrespeitados ou inobservados, de remédio efetivo, adequado e célere, que os assegure em sua plenitude.

Com efeito, o efetivo acesso à justiça não se esgota no acesso formal ao Judiciário. Significa, outrossim, sob o aspecto substancial, "viabilizar o acesso à ordem jurídica justa" (Watanabe, 2019, p. 13), isto é, o acesso à justiça destina-se a assegurar o direito de se obter uma solução tempestiva, adequada e efetiva para o conflito.

O atual abarrotamento do judiciário brasileiro, explicitado nos sucessivos relatórios Justiça em Números, publicados pelo CNJ (2023), evidencia, contudo, deficiências na efetiva garantia de proteção judicial, sobressaindo, dentre elas, a morosidade, ofendendo, assim, a garantia constitucional de duração razoável do processo, o que dá ensejo ao reconhecimento da existência de ilícito constitucional, consubstanciado na negativa de prestação jurisdicional.

Conforme dados colhidos do Relatório Justiça em Números de 2023 (Brasil, 2023, p. 102) em média, cada magistrado tinha um estoque de 6.747 processos, quantitativo 4,7% superior ao do ano anterior. A produtividade média de cada juiz foi de 1.787 processos baixados no ano de 2022, o que representa algo em torno de 7,1 casos solucionados por dia útil do ano.

Figura 64 - Série histórica do índice de produtividade dos(as) magistrados(as)



Fonte: CNJ, Justiça em Números 2023.

Observando a produtividade ao longo do tempo é possível inferir dos quantitativos que o Judiciário está no limite da produtividade, considerando que os indicadores, em 2022, não destoam daqueles apurados na série histórica, salvo o ano de 2019 que apresentou uma produtividade extraordinária. Pois bem, mantida a produtividade, a consequência é o aumento do acervo processual porque a demanda pelo serviço judiciário é ascendente.

> O que se verifica, portanto, é que desde 2020 o judiciário tem enfrentado nova série de aumento dos casos pendentes, com crescimento de 1,8 milhão entre 2021 e 2022 (2,2%). Pela primeira vez na série histórica, o volume de processos em tramitação superou 80 milhões (BRASIL, 2023, p. 112).
> [...]
> Em 2023 foram recebidos 3 milhões de casos novos a mais do que em 2022 (...) contribuiu para a elevação do estoque em 896 mil de processos (1,1%). Mantido esse ritmo de trabalho e sem o ingresso de mais processos, o tempo de giro de todo o acervo da Justiça seria de 2 anos e 5 meses (BRASIL, 2023, p. 112).

Esses números nos levam, ainda, a perquirir sobre a qualidade da prestação jurisdicional, considerando a permanente pressão por maior produtividade em um cenário de crescente número de processos, já que tornar-se muito difícil despender o tempo e a atenção necessária para prover a melhor solução de cada uma das demandas. Assim, o abarrotamento do judiciário também cria barreiras ao efetivo acesso à justiça, na perspectiva da efetiva garantia de proteção judicial de direitos.

A qualidade dos serviços jurisdicionais pode ser um dos fatores que explica a confiança da população no Poder Judiciário. Pesquisa realizada pelo IPEC, apurou que o Poder Judiciário é menos digno de crédito do que os bombeiros, as polícias, o Ministério Público, as igrejas, as empresas, os bancos e os meios de comunicação (Ipec, 2023).

Estes números, no entanto, deixam de retratar uma outra realidade, dramática, para a cidadania brasileira. Para além dos problemas decorrentes do assoberbamento do Judiciário, há uma situação ainda mais grave, a inacessibilidade de milhões de cidadãos hipossuficientes financeiramente à justiça.

> Atualmente, no âmbito da justiça estadual, 52.978.825 habitantes não possuem acesso à assistência jurídica fornecida pela Defensoria Pública. A necessidade é evidente: 48.467.198 do total são habitantes economicamente vulneráveis com renda familiar de até três salários-mínimos, (...). Em síntese, quase 25% da população brasileira está potencialmente à margem do sistema de justiça e impedida de reivindicar seus próprios direitos por intermédio da Defensoria Pública (Watanabe, 2022, p. 8)

Os dados demonstram a vulneração da garantia de acesso à justiça para ¼ da população brasileira que está alijada do direito humano mais básico, qual seja, o de acesso à ordem jurídica justa. A

negativa, por parte do Estado, do direito humano mais básico que é o de acessar a justiça, configura um estado de coisas inconstitucional, que viola massivamente direitos fundamentais de mais de 50 milhões de seres humanos, privados de cidadania e postos à mercê das violências sistêmica e estrutural que permeiam as relações na sociedade brasileira.

> A liberdade sem a garantia do pleno exercício do direito à jurisdição é falaciosa, não beneficia o indivíduo – sobretudo aquele que se encontre em posição de vulnerabilidade –, pois não passaria de ilusão jurídica, alimentando uma desesperança na resistência justa e necessária por meio da provocação da jurisdição estatal. Não é por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam as suas artimanhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição. É que, sem esse direito plenamente assegurado e exercitável, o espaço para a atuação arbitrária – pública ou privada – é mais vasto, perpetuando cenários de violação contínua de direitos básicos das pessoas (Brasil, 2010).

3 SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Poder Judiciário, é importante salientar, não está inerte diante da crise que assola o sistema judiciário brasileiro. Há notáveis esforços do CNJ para o seu enfrentamento, com sucessivas iniciativas visando à superação da crise. Merecem destaque sua atuação com vistas à expansão do emprego de meios consensuais de solução de conflitos.

As ações do CNJ iniciaram-se em 2006, com o Movimento pela Conciliação, ocasião em que foram implementadas medidas para a consolidação dos meios consensuais de solução de conflitos. Em

seguida, em 2010, por meio da Resolução nº 125/2010, instalou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Em 2015, com a aprovação do CPC, a solução consensual dos conflitos qualifica-se como um dos fundamentos do processo civil.

No entanto, verifica-se uma estagnação no número de processos judiciais em que os meios consensuais foram adotados para solucionar o conflito. Observando a Série História do Índice de Conciliação (Brasil, 2024, p. 253) conclui-se que a solução consensual de conflitos não tem avançado mantendo-se praticamente inalterado o quantitativo de casos assim resolvidos.

Figura 140 - Série histórica do Índice de Conciliação

Fonte: Brasil, 2023.

Em acréscimo, há, ainda, dados noticiando que as grandes empresas, identificadas como litigantes habituais, oferecem maior resistência às soluções consensuais e contribuem para a baixa efetividade da consensualidade. Essa afirmativa é confirmada pelos dados publicados pelos Seminários de Pesquisas Empíricas aplicadas a Políticas Judiciária, relativos à pesquisa *Conciliação e mediação no âmbito dos processos das varas cíveis do TJPE*, conforme noticiado pelo CNJ:

> O índice de acordo entre os grandes demandados – aqueles que representam mais da metade dos processos (57%) – foi de 3,4%. A Sul América Saúde, por exemplo, só aceitou fazer acordo em uma das 492 sessões realizadas. Das 479 sessões, o Banco do Brasil entrou em acordo em apenas cinco casos.

Esta pesquisa demonstra a tendência de os litigantes habituais não realizarem acordos nas audiências de conciliação. Na prática, essa situação pode ser percebida pela participação nas audiências de prepostos sem autonomia para negociar e realizar acordos, que comparecem às audiências como mera formalidade. O motivo para a situação percebida parece ser um interesse estratégico dos litigantes habituais, conforme esclarece Marc Galanter:

> Para essas litigantes na continuação do processo JHs [*litigantes habituais*] podem jogar com as probabilidades. Quanto mais o caso em questão vai sendo revelado para o PE [*litigante eventual*], mais provavelmente ele irá adotar uma estratégia "minimax" (minimizar a probabilidade de perda máxima). Uma vez que a aposta é relativamente menor para os JHs, eles podem adotar estratégias calculadas para maximizar o ganho relacionado a uma longa série de casos, mesmo quando isso envolve o risco de perda máxima em alguns deles (Galanter, 2018, p. 58).

Desta maneira, para além de uma aposta na possibilidade de improcedência das ações ou na aplicação de indenizações de valor ínfimo, a situação decorre de uma perceptível vantagem em moldar o entendimento jurisprudencial pelas reiteradas oportunidades que têm para sustentar seus argumentos jurídicos, o que os coloca em

uma situação de destacada vantagem considerando o sistema de precedentes adotado pelo sistema judiciário.

Essa circunstância, o desinteresse conciliatório dos litigantes habituais, cria um entrave para se ampliar a consensualidade como meio de solução dos conflitos. Os efeitos desta estratégia para o sistema judiciário são nefastos, pois, compromete o respeito à duração razoável dos processos, sobrecarrega o Judiciário, e, consequentemente, compromete a efetividade da garantia de acesso à justiça.

A situação se transforma quando o conflito envolve apenas os litigantes habituais. No Mato Grosso, dados apresentados nos Seminários de Pesquisas Empíricas aplicadas a Políticas Judiciárias indicam que em sessões pré-processuais, em sua maioria relacionadas a conflitos de Direito de Família, o índice de acordos realizados foi de 77,4%.

Em análise aos painéis de monitoramento do CNJ percebe-se a necessidade de a conciliação e a mediação assumirem maior protagonismo na solução dos conflitos. No entanto, a falha percebida não implica uma ineficiência do meio, mas sim, da forma como é, hoje, aplicado. De modo que, com base em estudos práticos, é possível encontrar melhores formas de implementação, valorizando as melhores funções e aplicações da conciliação e mediação, em especial nas fases pré-processuais, que possibilitariam um desafogamento do judiciário e a busca de soluções melhores para os casos.

Ademais, as técnicas autocompositivas podem representar, quando aplicadas de forma mais efetiva e adequada, uma maneira diversa de acesso à justiça, que é capaz de possibilitar soluções mais adequadas aos casos, em especial quando há uma relação entre as partes. Isso porque, muitas vezes, as soluções consensuais podem alcançar nuances que não seriam possíveis por meio da decisão judicial. Assim, a busca por uma melhor aplicação desses métodos é, também, uma forma de garantir o acesso à justiça, que não tem sido ampliado pela aplicação atual tradicional da conciliação e mediação, mas pode ser alcançado na adequação dos métodos às demandas de forma mais eficiente.

Os meios consensuais de solução de conflitos possuem potencial para minimizar a grave situação do sistema judiciário na contemporaneidade. Para tanto, a comunidade jurídica e a sociedade devem assimilar os valores democráticos e comprometer-se com as mudanças culturais propostas, tendentes à construção da cidadania, democratização, desjudicialização e à solução autônoma dos conflitos. Neste diapasão, o papel da educação é fundamental, seja para habilitar o sistema judiciário a lidar com o sistema de justiça de múltiplas portas seja para formar cidadãos autônomos e emancipados, assim considerados aqueles capazes de "fazer escolhas próprias, de formular objetivos pessoais respaldados em convicções e de definir as estratégias mais adequadas para atingi-los" (Gustin, 2014, p. 41).

4 SUPERAÇÃO DA INIQUIDADE: MUDANÇA PARADIGMÁTICA EM DIREÇÃO AOS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

No Brasil, um dos maiores exemplos da ampliação do acesso à justiça é o Código de Defesa ao Consumidor (CDC), que ao possibilitar a concorrência da tutela individual e dos interesses difusos e direitos coletivos, tornou efetiva a proteção de direitos dos consumidores. Trata-se de uma das matérias mais demandadas perante o Judiciário brasileiro. A força normativa do CDC deve ser, portanto, apontada como exemplo de sucesso no que diz respeito à ampliação da tutela jurídica dos cidadãos; todavia, considerando as vantagens, demonstradas por Marc Galanter (2018), que os litigantes habituais ostentam no sistema Judiciário, o sucesso é motivo de preocupação por parte do CNJ.

A partir da publicação, em 2018 o CNJ do relatório analítico propositivo Justiça e Pesquisa Políticas Públicas do Poder Judiciário, que abordou analiticamente o quadro sistêmico das demandas consumeristas desempenham no quadro geral das atividades de resolução de demandas, tem-se pensado em mudanças operacionais no sistema jurídico/administrativo envolvendo conflitos consumeristas. O

propósito destina-se a contribuir para desafogar a jurisdição e ampliar a capacidade decisória dos órgãos jurisdicionais, considerando que *"quatro dos sete tribunais analisados apresentam proporções acumuladas maiores que 70%, e cinco tribunais concentram aproximadamente 50% dos processos apenas com os 10 maiores litigantes"* (CNJ, 2018, p. 122). O desafio é harmonizar a inafastável garantia de proteção judicial com a necessidade de aumentar o número de soluções consensuais em demandas consumeristas.

Não se pode perder de vista, todavia, o entendimento do Supremo Tribunal Federal externado no julgamento da ADI nº 2139, no qual firmou posição acerca da "*desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais ou inviabilizadores da submissão de pleito ao Poder Judiciário*", na medida em que a consensualidade, dentro da ideia do acesso à ordem jurídica justa, deve ser estimulada, "*não consubstanciando, todavia, requisito essencial para o ajuizamento de reclamações*" – sobretudo quando uma das partes em conflito é presumidamente hipossuficiente ou vulnerável (como nos casos dos trabalhadores e consumidores).

Fernanda Tartuce (2016, p. 190) sobre os meios autônomos de solução de conflitos anota:

> Que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito: ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade.

Christopher Moore (1998, p. 38) corrobora esse entendimento ao dizer:

> Voluntário refere-se a uma participação por livre escolha e a um acordo realizado livremente. Os

> litigantes não são obrigados a negociar, mediar ou fazer acordo influenciados por nenhuma parte interna ou externa à disputa.

Nessa linha de raciocínio, os meios autônomos de solução de conflitos têm como sustentáculo a liberdade, por prestigiarem a autonomia da vontade. Assim, um sistema de solução adequada de conflitos, em um ambiente democrático e dialógico, é aquele em que, respeitada a liberdade de escolha, fornece às partes uma variedade de procedimentos que proporcionem uma composição efetiva, adequada e justa de controvérsias (Sanderm 1976, p. 112-113) integrados horizontalmente em uma "teia de cooperação" (Cunha, 2014, p. 272). A integração de todos esses meios deve ocorrer de forma coordenada, integrada, dinâmica, flexível (Gray, 2006), sem que exista *a priori* qualquer vínculo de hierarquia ou de subsidiariedade entre eles (Franco, 2021, p. 60).

Com efeito, ao adotar o sistema multiportas para a resolução dos conflitos é necessário prudência e atenção no que diz respeito à integridade da garantia fundamental de acesso à justiça; sendo inconstitucionais medidas que possam cerceá-la.

É preciso criatividade e inteligência para propor medidas que amplificam a proteção jurisdicional dos direitos individuais e coletivos, uma vez que: I) A Constituição da República e a Convenção Americana de Direitos Humanos ao assegurar o acesso à justiça nos conectou a um *ethos* que reconhece a justiça como o valor imprescindível para construir uma sociedade democrática. II) O acesso é tão somente o caminho para garantir justiça reconhecendo que a sociedade brasileira é uma sociedade heterogênea, plural e diversa.

Os cidadãos necessitam de serem informados sobre as possibilidades que o sistema de múltiplas portas oferece para buscar a solução mais adequada para os seus conflitos. Além disso, é necessária uma reforma no ensino e na cultura jurídicas, para promover uma mudança paradigmática que reconheça a solução adjudicatória como residual, a ser utilizada diante da impossibilidade ou da impotência

dos meios consensuais de solução de conflitos. O Ministro Cezar Peluso, ainda em 2011, já conclamava à mudança:

> Encontra-se em curso mudança paradigmática substancial, resultante do desenvolvimento de nova cultura de pacificação, que evidenciará às pessoas que os conflitos não precisam ser resolvidos apenas com recurso à velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções morosas e, não raro, ineficazes. Essa salutar transformação só atingirá sua plena potencialidade com a adoção de uma política pública menos ortodoxa em relação ao tratamento dos conflitos de interesses. (...) Serão elevados os sensos de cidadania, justiça efetiva e paz social.[180]

A construção de soluções consensuais é importante por contribuir para o fortalecimento da cidadania na medida em que a busca por uma forma consensual de solução do conflito é uma prática emancipatória, considerando que as partes deixam de carecer da tutela jurisdicional e resolvem autonomamente o conflito. O ordenamento jurídico estimula os cidadãos a assumirem a responsabilidade pela solução do conflito que os aflige utilizando-se dos diversos meios de solução autônoma de litígios disponíveis, adequando-os à particularidade de cada caso.

A coexistência desses meios, além da adjudicação, é uma forma de implementar uma promessa até então descumprida, na maioria das vezes pelo sistema judiciário, a de restauração da paz social abalada pelo conflito. Teleologicamente, o processo visa a encerrar o conflito mediante a imposição de um provimento imperativo, vinculante e definitivo em decorrência da autoridade de coisa julgada. Todavia, restabelecer os vínculos subjetivos afetados pelo conflito não é preocupação prioritária da jurisdição.

180 *STF. Relatório de Atividades de 2011.*

Os meios autônomos proporcionam a resolução autônoma do conflito. Por meio do diálogo oportuniza-se a construção da melhor solução possível para o caso, respeitadas a autonomia da vontade e a voluntariedade. Ao evitar a disputa judicial - e as consequências autoritativas da força coercitiva utilizada na execução de uma decisão judicial, os métodos consensuais refletem a preferência humana pela reconciliação sobre o confronto. Há muito se reconhece a vantagem de buscar pontos em comum em vez de diferenças.[181]

Obviamente, por apresentarem-se como novidade, as várias iniciativas estimulando a adoção de meios autônomos de solução de conflitos devem ser implementadas para conferir-lhes eficiência e confiabilidade a partir do reconhecimento da emancipação cidadã devido ao protagonismo das partes na solução do litígio. A mudança paradigmática propicia a transposição da cultura da litigiosidade para a cultura de paz e, ainda, resguarda os princípios da liberdade, autonomia da vontade, e, por que não, economicidade e celeridade, fundamentais para o desenvolvimento e fortalecimento do Estado Democrático.

5 CONCLUSÃO

A cultura jurídica brasileira reclama profunda mudança, diante da lamentável ironia de o Brasil, um dos países com maior número de advogados do planeta, ter um acesso à justiça precário que mantém a discriminação de direitos em patamares vexatórios para significativa parcela da população vulnerável.

A possibilidade de desjudicialização dos conflitos deve ser um compromisso de toda a sociedade. É imprescindível contribuir para a diminuição do abarrotamento de processos no Judiciário, que atualmente, tem de administrar a tramitação de mais de oitenta milhões de processos.

181 Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group. *Alternative Dispute Resolution Guidelines.* Washington, 2011.

Assegurar acesso à justiça a mais de 50 milhões de cidadãos brasileiros alijados do acesso formal é uma dever ético-jurídico do Estado, sendo certo, contudo, que a responsabilidade pela realização desse desiderato não pode representar ônus exclusivo da Defensoria Pública devido à limitação de recursos orçamentários disponíveis para serem investidos na instituição.

A necessidade de transpor obstáculos culturais, geográficos, sociais e econômicos necessita da implementação de uma política pública mediante o concerto de várias instituições, considerando que o "legislador constituinte, ao consagrar o postulado assegurador do ingresso em juízo, fez uma clara opção de natureza política, pois teve a percepção fundamental sob todos os aspectos – de que, onde inexiste a possibilidade do amparo judicial, há sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou, até mesmo, dos excessos de particulares, quando transgridem, injustamente, os direitos de qualquer pessoa.[182]

Um caminho viável, emerge do fortalecimento da cidadania, mediante a formação de cidadãs e cidadãos para resolução autônoma de conflitos, sem a necessidade de submetê-los a uma decisão autoritativa proferida pelo magistrado, precedida de um delongado e complexo processo judicial.

A sociedade deve dispor de meios diversos para resolver os conflitos, e que o Poder Judiciário seja a *ultima ratio*, de modo que a demanda por tutela jurisdicional seja formulada apenas por quem não obteve sucesso na solução independizada do conflito e que, por essa razão, carece da intervenção estatal.

Modificar a concepção de se optar pelo ajuizamento, como primeira opção, contribuirá para minimizar a crise do Judiciário, tendo em vista que os meios consensuais de solução de conflitos possibilitam com maior celeridade, economicidade e satisfatoriedade superar a demora em obter um provimento jurisdicional congruente e adequado para encerrar o conflito.

182 BRASIL. STF. ADI 2160 MC. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. (Extraído do voto do relator) DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009.

Com efeito, a valorização da escolha pelos meios consensuais de solução de conflitos valoriza a cidadania a partir da convicção na capacidade de as pessoas envolvidas, direta e indiretamente, em um conflito, autonomamente, assumirem, dialogicamente, responsabilidades por seus atos, se comprometendo com a reparação dos danos e restauração das relações afetadas pelo ato danoso. Cuida-se de oferecer à sociedade brasileira um meio eficiente para contribuir para desafogar o Poder Judiciário e, fundamentalmente, para iniciar a semeadura da cultura de paz, tão necessária em tempos marcadamente violentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números** *2023*.. CNJ: Brasília. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Jusitça em números** *2024*. CNJ: Brasília. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Políticas públicas do Poder Judiciário: os maiores litigantes em questões consumeristas: mapeamento e proposições** / Conselho Nacional de Justiça; Associação Brasileira de Jurimetria; Coordenação Marcelo Guedes Nunes e Fábio Ulhoa Coelho – Brasília: CNJ, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Seminários de Pesquisas Empíricas aplicadas a Políticas Judiciárias**. Brasília: CNJ, 2018.

BRASIL. STF. **ADI 2139**, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01-08-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 18-02-2019 PUBLIC 19-02-2019.

BRASIL. STF. **ADI 2160** MC. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. (Extraído do voto do relator) DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009.

BRASIL. STF. **Relatório de Atividades de 2011**.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Brian**.** ***Acesso à justiça***. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant;; TROCKER, Nicolo, **Access to Justice: Variations and Continuity of a World-Wide Movement.** 1982.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios**

integrados de resolução de disputas. *Revista de Direito*, n. 5, Santa Cruz do Sul, out. 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos.** Quaestio Iuris, vol. 8, nº 03. Rio de Janeiro, 2015.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos**. 2 ed. Porto Alegra: Artmed, 1998.

FERRARI Marcio**. Cultura do entendimento**. 2024.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração Pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos**. Londrina: Thoth, 2021.

GALANTER, Marc. **Por que "quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito.** São Paulo : FGV Direito SP, 2018, p. 50.

GRAY, Ericka B. **Creating History: The Impact of Frank Sander on ADR in the Courts.** *Negotiation Journal,* Harvard Law School, Volume 22, Issue 4, April 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Necessidades Humanas, autonomia e o direito à inclusão em uma sociedade que se realiza na interculturalidade e no reconhecimento de uma justiça do bem-estar**. *In:* GRINOVER, Ada Pelegrini; LIMA, Paulo César Vicente de; GUSTIN, Miracy *et alli.* (Org.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group. *Alternative Dispute Resolution Guidelines.* Washington, 2011.

IPEC. **Índice de Confiança Social** 2023.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes *apud* voto do Ministro Marco Aurélio. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2160** MC, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13-05-2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-01 PP-00129 RIOBTP v. 21, n. 250, 2010, p. 18-47.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 3 ed., São Paulo, Método, 2016

WATANBE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça).** Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo, *et al*. **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022**, Brasília: DPU, 2022.

SANDER, Frank E. A. **Varieties of Dispute Processing**. Eagan: West Publishing Company, 1976, p. 112-113.

O MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CASO DAS CHAMADAS PÚBLICAS DA AGRICULTURA FAMILIAR, NO ÂMBITO DO PNAE, NA SEDUC-SP

THE WRIT OF MANDAMUS AS AN INSTRUMENT FOR GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CASE OF PUBLIC CALLS FOR FAMILY FARMING WITHIN THE PNAE AT SEDUC-SP

Júlia Carvalho Adolphs Ramalho[183]

Waleska Miguel Batista[184]

Resumo: Este artigo analisa a efetividade da alocação do percentual de 30% na aquisição de gêneros alimentícios oriundos da agricultura familiar do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), no âmbito da Secretaria Estadual de Educação de São Paulo (SEDUC). O principal argumento desenvolvido é que a inclusão de uma exigência inusual nos editais das Chamadas Públicas cerceia a participação das Cooperativas e frustra os objetivos do Programa, desenhado pelo Executivo Federal. Para tal, este trabalho se debruçará na discussão jurídica em torno da exigência e investigará os possíveis prejuízos causados às diretrizes do PNAE. A metodologia será a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de entrevistas com os atores envolvidos.

Palavras-chave: Política Pública; Direito; Agricultura Familiar; PNAE.

183 Bacharel em Gestão de Políticas Públicas, pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH-USP) e bacharelanda em Direito pela Faculdade Autônima de Direito de São Paulo (FADISP). Membro do grupo de estudos Efetividade do Direito ao Desenvolvimento e Dignidade Humana, do(a) Faculdade Autônoma de Direito. julia.ramalho.43221@alunos.unialfa.com.br, http://lattes.cnpq.br/6122124928345555.

184 Coordenadora da Graduação e Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP); Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2023). waleska.batista@unialfa.com.br, http://lattes.cnpq.br/2389192755317330.

Abstract: This article aims to analyze the effectiveness of allocating 30% of the budget for purchasing food products from family farms within the National School Feeding Program (PNAE) in the São Paulo State Department of Education (SEDUC). The main argument developed is that the inclusion of untypical requirement in the "Call for Proposal" notices restricts the participation of Cooperatives and frustrates the objectives of the Program, which was designed by the Federal Executive. To address this, the study will focus on the legal debate surrounding the requirement and investigate the potential harm caused to the PNAE's guidelines. The methodology will include bibliographic and jurisprudential research, as well as interviews with the involved stakeholders.

Keywords: Law; Public Policies; Family Farming; PNAE.

1 INTRODUÇÃO

Objetiva-se, com este estudo, avaliar a implementação e a alocação do percentual de 30% na SEDUC-SP. O artigo está estruturado em duas sessões, a primeira apresenta uma breve contextualização sobre o PNAE e, o segunda trará o caso das Chamadas Públicas realizadas pela SEDUC-SP, em que a exigência do Registro na Organização das Cooperativas do Brasil (OCB) foi objeto de diversos mandados de segurança que tiveram a liminar concedida. A hipótese central é que a exigência da OCB contraria o objetivo da política formulada pelo executivo federal e que a FNDE – autarquia responsável por coordenar o PNAE – não promove a devida avaliação do Programa. As perguntas que norteiam o trabalho são: i) em que medida a exigência da certidão de filiação na Organização das Cooperativas do Brasil pela SEDUC-SP, desvirtua os objetivos centrais da política pública de alimentação escolar; e ii) qual a importância dos mandados de segurança impetrados, como instrumento garantidor de direitos fundamentais.

2 DIRETRIZES DO PNAE – 30% AGRICULTURA FAMILIAR

2.1 BREVE HISTÓRICO DO PNAE E SEUS OBJETIVOS

Reconhecido mundialmente como um grande caso de sucesso de Programa de Alimentação Escolar, o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) alcança, atualmente, 40 milhões de estudantes matriculados na rede pública de ensino. Este Programa é coordenado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e não necessita de convênios ou qualquer instrumento para repassar recursos, de forma suplementar, aos estados e municípios (FNDE, Histórico, 2013).

Oriundo de uma Medida Provisória (MP) nº. 455/2019, a Lei Federal nº. 14.947/2009 foi fruto de intenso debate entre o Governo Federal e a sociedade civil, representada por meio do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) e promoveu grandes avanços nas condições de alimentação e nutrição dos estudantes brasileiros. Citam-se, como os principais avanços garantidos pelo processo em comento, a universalização do PNAE para toda a rede básica de ensino e a exigência da aquisição de, no mínimo, 30% dos recursos financeiros repassados pelo PNAE em gêneros alimentícios diretamente da Agricultura Familiar (Peixinho, 2013).

As importantes ações citadas no parágrafo anterior foram fruto do amadurecimento da estratégia do Programa Fome Zero, implementado em 2003 e, de acordo com as Notas Técnicas elaboradas pela Coordenadoria responsável pela gestão do PNAE, integram o rol das "estratégias importantes para a promoção da Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) e para garantia do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA)" (NOTA TÉCNICA Nº 2974175/2022/COSAN/CGPAE/DIRAE). Imprescindível ressaltar que esta agenda política é fortemente influenciada pelos alicerces conceituais sedimentados pelo geógrafo Josué de Castro, principalmente quando da criação da Lei de Segurança

Alimentar e Nutricional (LOSAN) e do próprio Programa Fome Zero (Nascimento, 2012).

As raízes do PNAE são longínquas e datam de 1930, quando ocorreram as primeiras ações governamentais relacionadas à alimentação no Brasil. O histórico do Programa fora mais bem dissecado no trabalho realizado por Peixinho (2013) e Pedraza, et al (2018). Ainda à de Peixinho (2013), para melhor compreender os objetivos atuais do Programa, cabe retornar ao último processo constituinte. A Carta Magna de 1988 assegurou no inciso VII do artigo 208, o direito universalizado à alimentação escolar a todos os alunos de ensino fundamental da rede pública, a ser garantido pelos governos federal, estaduais e municipais (Brasil, 1988).

O art. 2º da Lei Federal que rege o programa, dispõe:

> Art. 2º **São diretrizes da alimentação escolar**:
> I - **o emprego da alimentação saudável e adequada**, compreendendo o uso de alimentos variados, seguros, que respeitem a cultura, [...], contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento dos alunos e para a melhoria do rendimento escolar, em conformidade com a sua faixa etária e seu estado de saúde, **inclusive dos que necessitam de atenção específica**;
> II - a inclusão da educação alimentar e nutricional no processo de ensino e aprendizagem, [...] na perspectiva da segurança alimentar e nutricional;
> III - **a universalidade do atendimento aos alunos matriculados na rede pública de educação básica;**
> IV - **a participação da comunidade no controle social**, no acompanhamento das ações realizadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios para garantir a oferta da alimentação escolar saudável e adequada;
> V - o apoio ao desenvolvimento sustentável, **com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios** diversificados, produzidos em âmbito local e **preferencialmente pela agricultura familiar e pelos**

> **empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos;**
> VI - o **direito à alimentação escolar**, visando a garantir segurança alimentar e nutricional dos alunos, com acesso de forma igualitária, respeitando as diferenças biológicas entre idades e condições de saúde dos alunos que necessitem de atenção específica e aqueles que se encontram em vulnerabilidade social." (Grifos nossos)

Os objetivos específicos do PNAE vão ao encontro dos direitos sociais garantidos na Carta Magna de 1988. À luz de Silva (2021), os direitos sociais são aqueles que têm como objetivo primordial promover a igualdade, em especial nas áreas em que o acesso aos serviços seja mais afetado pelas desigualdades, como é o caso da educação, alimentação e trabalho, sendo estes, justamente, os temas centrais de atenção do PNAE.

Indo ao encontro das diretrizes esculpidas na legislação, a Coordenação Geral do Programa, em um relato acadêmico em que se empreendeu um balanço das ações, afirmou:

> "[...] **o PNAE passou a incorporar em suas estratégias técnico-operacionais** de execução junto aos estados e municípios (entidades executoras do programa) **os seguintes princípios** para a gestão e a execução da alimentação escolar: equidade, participação social, universalidade, sustentabilidade/ continuidade, compartilhamento de responsabilidades, direito humano à alimentação adequada e respeito aos hábitos e tradições regionais" (Peixinho, 2013, fls. 915).

O supracitado balanço, elaborado por Peixinho (2013), cuidou de frisar que o PNAE possui limites para a consecução de seus objetivos,

uma vez que depende de inúmeros fatores para alcançá-los na ponta. Um dos obstáculos que impedem à consecução dos objetivos do PNAE e o reduz a um Programa meramente suplementar, de acordo com Belik (2016) consiste, justamente, nas dificuldades de implementação do Programa nas Entidades Executoras, assim chamados os estados e municípios que recebem o repasse. Segundo o entendimento da referida autora, os entraves são ainda maiores nos grandes municípios, devido a uma série de fatores, dentre os quais pode-se citar a maior quantidade de gêneros alimentícios a serem adquiridos e maiores pontos de entrega dos produtos que acarretam maior gasto logístico, ademais, a autora aduz que estruturas maiores, como é o caso da Prefeitura do Município de São Paulo, possuem menos sinergia com os agricultores familiares o que ocasiona contratações distantes da agricultura local.

2.2 O CASO DAS CHAMADAS PÚBLICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

O procedimento para aquisição dos gêneros alimentícios oriundos da agricultura familiar é inovador e, de acordo com Coutinho, et al. (2022) figura como condição *sine qua non* para a produção dos efeitos almejados pelo Programa. O citado autor defende que o procedimento simplificado, denominado chamada pública, é responsável pelo cumprimento das diretrizes do PNAE, nos campos da saúde, segurança alimentar e nutricional e desenvolvimento local.

O direito administrativo delineia o arcabouço procedimental das compras públicas. E, para o atingimento do percentual da agricultura familiar, foram criadas regras específicas que, apesar de se assemelharem aos procedimentos comuns de dispensa de licitação (Art. 75 da Lei nº. 14.133/21), possuem particularidades que os distinguem fortemente. Os parâmetros estabelecidos para as chamadas públicas encontram amparo legal na Resolução CD/FNDE nº. 06, de 8 de maio de 2020. Este ato normativo estabelece as normas

para a execução técnica, administrativa e financeira do PNAE aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às escolas federais.

Em linhas gerais, compulsando a resolução norteadora, os ritos procedimentais para aquisição dos gêneros alimentícios, são os que constam na Tabela 1. Frisa-se que a exposição não visa esgotar todos os procedimentos, apenas focalizar nos mais relevantes para a discussão que se pretende.

TABELA 1: Procedimentos administrativos, realizados pela EEx, necessários para aquisição de gêneros alimentícios oriundos da agricultura familiar, de acordo com a Resolução CD/FNDE nº. 06, de 08 de maio de 2020.

Procedimento	**Base legal**
Elaboração da pesquisa de preços, observando o modelo constante na resolução, priorizando os mercados da agricultura familiar como feiras livres e outros	Art. 31
Publicação de edital licitatório, cujo modelo elaborado e sugerido pela FNDE consta anexo a resolução	Art. 32
O edital deve permanecer aberto por vinte dias para recebimento de propostas dos agricultores familiares. Neste intervalo temporal a EEx deve fomentar à visibilidade do ato, a fim de garantir ampla participação dos cooperados e grupos familiares	Parágrafo único, art. 32
A Comissão de Chamada Pública (CCP), formada por servidores públicos indicados pela Autoridade Competente da EEx., deve analisar os projetos de venda submetidos pelas cooperativas da agricultura familiar, por meio dos parâmetros indicados pela resolução em comento. Além da análise dos documentos de habilitação, os membros devem verificar a quantidade de cooperados que se classificam no rol explicitado pela resolução, ex.: assentamentos da reforma agrária, comunidades quilombolas e/ou indígenas e a priorização por fornecedores locais.	Art. 35
Concluído o trabalho da CCP, serão firmados contratos administrativos entre as Cooperativas e/ou Associações que passaram pelo escrutínio descrito acima.	Art. 38

Fonte: elaboração autoral.

A análise de que trata o art. 35 corresponde a uma das diretrizes do PNAE, conforme art. 5 da resolução:

> "Art. 5º **São diretrizes da Alimentação Escolar:**
> V – O **apoio ao desenvolvimento sustentável**, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, **produzidos em âmbito local** e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais, **priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos**"

Da totalidade dos recursos anuais repassados às Entidades Executoras (EEx), o art. 14 da Lei Federal nº. 11.947/2009, estabelece:

> "Art. 14. Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas, as comunidades quilombolas e os grupos formais e informais de mulheres."

Portanto, por força deste dispositivo, o estado de São Paulo deve empregar 30% do montante orçamentário expresso acima na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar.

Feita esta breve remissão ao fluxo de procedimentos necessários, para melhor examinar a problemática da exigência do Registro na Organização das Cooperativas Brasileiras, urge analisar o caso da SEDUC-SP Nos editais recentemente lançados, foi incluída uma exigência habilitatória, que é objeto de diversos mandados de segurança impetrados pelas cooperativas. Esta exigência editalícia não encontra respaldo no modelo disponibilizado pela FNDE e, em pesquisas nos editais das EEx de grande relevância, como por exemplo a Prefeitura Municipal de São Paulo, este registro não é exigido.

A rede pública estadual paulista possui, segundo dados de 2021, 3,5 milhões de alunos, quantidade semelhante a toda a população do Uruguai. Para prover alimentação a estes estudantes, o PNAE repassou a SEDUC–SP, em 2023, o expressivo montante de R$ 1.186.987.877,64 (um bilhão, cento e oitenta e seis milhões, oitocentos e setenta e sete mil, sessenta e quatro centavos), de acordo com a Assessoria de Comunicação Social do MEC (2023).

A exigência em questão é a apresentação de registro na Organização das Cooperativas do Brasil (OCB) ou nas Entidades Estaduais correspondentes, conforme se demonstrará adiante.

Debruçar-se-á, neste trabalho, na Chamada Pública nº. 005/CP/2021 SEDUC-PRC-2020/35048 que objetivou adquirir sucos integrais diversos diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural, conforme art. 14, §1, da Lei Federal nº. 11.947/2009. O edital da Chamada Pública, tornado público em 01 de dezembro de 2021, previa:

> "5.2 O Grupo Formal deverá apresentar no Envelope nº. 01 os documentos abaixo relacionados, sob pena de inabilitação:
> 5.2.1 Habilitação Jurídica
> c) Para as Cooperativas, registro perante a **Organização das Cooperativas Brasileiras** ou na entidade estadual, se houver, conforme disposto no artigo **107 da Lei Federal 5.764/71**." [Grifos nossos]

Compulsando os autos do processo administrativo SEDUC-PRC-2020/35048, verifica-se que 5 (cinco) cooperativas demonstraram interesse em fornecer para a rede estadual. Destas, apenas 1 (uma) possuía o Registro perante a OCB. Portanto, as Cooperativas que não possuíam o documento restaram inabilitadas, conforme publicação de ata no Diário Oficial do Estado (DOE).

Uma das Cooperativas impetrou mandado de segurança em face da decisão da CCP que a inabilitou, alegando a OCB cerceia seu direito

à participação e que a Lei Federal que o criou não fora recepcionada pela Constituição Federal.

Sobre o mandado de segurança, Moraes (2024) elucida que ele é uma ação constitucional que é conferida aos indivíduos para que eles se defendam dos atos ilegais ou praticados com abuso de poder e que figura como um grande instrumento para a liberdade civil e política.

Antes de adentrar ao mérito do mandado de segurança, cabe trazer o arcabouço legal, utilizado pelo Governo do Estado de São Paulo, para admitir o registro na OCB. A SEDUC-SP ancora sua decisão nos seguintes atos: i) Lei Federal nº. 5.764/1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo; ii) Lei Estadual nº. 12.226/2006, que institui a Política Estadual de Apoio ao Cooperativismo e; iii) Parecer Jurídico exarado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP), que defende a inclusão da exigência da OCB nos editais de chamada pública.

Quanto ao primeiro ato normativo, dispõe o artigo 107 da Lei 5764/71:

> "Art. 107. As cooperativas são obrigadas, para seu funcionamento, a registrar-se na Organização das Cooperativas Brasileiras ou na entidade estadual, se houver, mediante apresentação dos estatutos sociais e suas alterações posteriores."

No caso do Estado de São Paulo, a Lei nº. 12.226/2006, estabelece:

> "Artigo 3º
> [...]
> § 3º - Ficam as cooperativas obrigadas a registrar-se na Organização das Cooperativas do Estado de São Paulo – OCESP, nos termos do artigo 107 da Lei Federal nº. 5.764, de 16 de dezembro de 1971."

A SEDUC-SP, quando instada pelas Cooperativas acerca deste tema, instruiu expediente administrativo a fim de inquirir o órgão de assessoramento jurídico da Pasta, que exarou o Parecer CJ/SE nº. 1054/2020. Este opinativo reforçou a necessidade de exigir o registro na OCB nas Chamadas Públicas conduzidas, conforme colaciona-se abaixo:

> "23. Por todo exposto, concluímos:
> Que a lei prevista no art. 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal, pode fixar normas estabelecendo, dentro os requisitos para o funcionamento das cooperativas, a necessidade de registro na OCB ou em outra entidade do sistema (Parecer PA n. 36/2013);
> Que o artigo 107 da lei n. 5.764/71 foi recepcionando pela ordem constitucional introduzida pela Constituição Federal de 1988 (Parecer PA n. 36/2016);
> Que é constitucional a exigência prevista no §3º, do artigo 3º da Lei Estadual n. 12.226/06 (Parecer PA n. 36/2013);
> Que é lícita a exigência de comprovação do atendimento ao disposto no artigo 107, da Lei n. 5.764/71, prevista nas minutas de editais de licitações em que admitida a participação de sociedades cooperativas (art. 1º, §2º, item 1, do Decreto estadual n. 55.938/10)"

Em que pese todo o arcabouço legal-institucional construído pela SEDUC-SP, as Cooperativas da Agricultura Familiar, que foram inabilitadas por não possuírem registro da OCB, impetraram mandado de segurança em face da decisão e, debruçando-se nos autos do processo TJ-SP 1071420-54.2021.8.26.0053, do foro da Comarca de São Paulo, verifica-se que em sede de agravo de instrumento, a juíza decidiu:

> "[...] a inabilitação da impetrante parece revelar ato administrativo ilícito, pois inexiste a necessidade de registro das Cooperativas, na OCB ou OCESP, para participar de licitação, na medida em que sua lei instituidora não foi recepcionada pela Carta Magna. [...] Desta forma, defiro a liminar, valendo a presente como ofício."

Cabe ressaltar que se optou por trazer este mandado de segurança, pelo fato de ter sido uma Chamada Pública em que, majoritariamente, as cooperativas foram inabilitadas por ausência do registro em questão. No entanto, faz-se imprescindível frisar que uma quantidade considerável de mandados de segurança foi impetrada, conforme aduz a tabela 2 abaixo.

TABELA 2: Indicação dos números de processos judiciais, que se referem aos mandados de segurança impetrados em face da decisão que inabilitou Cooperativas de Agricultura Familiar por ausência de registro na OCB

Processo Administrativo	Nº. Chamada Pública	Processo Judicial
SEDUC-PRC-2020/18238	04/2021	1063203-22.2021.8.26.0053
SEDUC-PRC-2020/35048	06/2020	1021015-14.2021.8.26.0053
SEDUC-PRC-2020/35048	06/2020	1071420-54.2021.8.26.0053
SEDUC-PRC-2020/35048	06/2020	1070758-90.2021.8.26.0053
SEDUC-PRC-2021/37721	05/2021	1070760-60.2021.8.26.0053

Fonte: elaboração autoral.

Diante do exposto, tendo em vista a quantidade considerável de mandado em que a segurança fora concedida, há necessidade de análise minuciosa na argumentação e na legislação em questão para entender se a exigência de registro na OCB é contrária à ordem constitucional vigente.

3 A CRIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS BRASILEIRAS (OCB)

Para representar o Sistema Cooperativista Nacional, foi criada a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), por meio da Lei Federal nº. 5764/71, promulgada pelo então Presidente Emílio Garrastazu Médici. O Capítulo XV cria a estrutura da OCB, sociedade civil, e delega a responsabilidade de representar o sistema cooperativista nacional e a atuação como órgão-técnico-consultivo do governo federal. Considerando o momento político em que esta Lei foi editada, necessário pontuar uma competência a qual fora delegada à OCB e que num primeiro olhar pode denotar um caráter repressivo do órgão: "e) denunciar ao Conselho Nacional de Cooperativismo práticas nocivas ao desenvolvimento cooperativista" (Brasil, 1971). O texto passou por algumas alterações legislativas recentes, no entanto, o Capítulo que versa acerca da OCB e seu funcionamento permanece inalterado, com o texto original.

Debruçando-se nos dispositivos do supracitado Capítulo, verifica-se que para que a cooperativa se filie à OCB, existem contrapartidas pecuniárias, quais sejam:

> Art. 107**. As cooperativas são obrigadas, para seu funcionamento, a registrar-se na Organização das Cooperativas Brasileiras ou na entidade estadual, se houver, mediante apresentação dos estatutos sociais e suas alterações posteriores.**
> Parágrafo único. **Por ocasião do registro, a cooperativa pagará 10% (dez por cento) do maior salário-mínimo vigente**, se a soma do respectivo capital integralizado e fundos não exceder de **250 (duzentos e cinqüenta) salários mínimos, e 50% (cinqüenta por cento)** se aquele montante for superior.
> Art. 108. Fica instituída, além do pagamento previsto no parágrafo único do artigo anterior, **a Contribuição**

> **Cooperativista, que será recolhida anualmente pela cooperativa após o encerramento de seu exercício social**, a favor da Organização das Cooperativas Brasileiras de que trata o artigo 105 desta Lei.
> § **1º A Contribuição Cooperativista constituir-se-á de importância correspondente a 0,2% (dois décimos por cento) do valor do capital integralizado e fundos da sociedade cooperativa**, no exercício social do ano anterior, sendo o respectivo montante distribuído, por metade, a suas filiadas, quando constituídas.
> § 2º No caso das cooperativas centrais ou federações, a Contribuição de que trata o parágrafo anterior será calculada sobre os fundos e reservas existentes.
> § 3° A Organização das Cooperativas Brasileiras poderá estabelecer um teto à Contribuição Cooperativista, com base em estudos elaborados pelo seu corpo técnico.
> [Grifos nossos]

Com o processo constituinte e a promulgação de nova Constituição Federal, diversos paradigmas foram alterados (Silva, 2021), inclusive os que versam acerca da liberdade de associação, e que são Cláusulas Pétreas no novo ordenamento. Deste modo, a discussão que norteia a argumentação tecida nas petições iniciais dos mandados de segurança impetrados defende que a imposição contida nos editais da SEDUC-SP, que advém da lei supra referida, vai de encontro com o contido na Carta Magna, senão vejamos:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XVII - **é plena a liberdade de associação para fins lícitos**, vedada a de caráter paramilitar;

> XVIII - **a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento"**
> [Grifos nossos]

Ainda de acordo com o Professor Silva (2021), a garantia de que as pessoas podem se associar, com o intuito de buscar, em conjunto, um objetivo em comum, desde que seja lítico, sem necessidade de autorização e sem interferência estatal é o primeiro aspecto da liberdade de associação. Quanto à vedação de interferência estatal o exímio Min. Moraes (2024), disserta que tal interferência arbitrária pode acarretar responsabilidade tríplice: i) de natureza político-administrativa, caracterizando crime de responsabilidade, definido na Lei nº. 1.079/50; ii) de natureza civil, possibilitando aos prejudicados indenizações por danos morais e materiais; e iii) de natureza penal, incorrendo em crime de abuso de autoridade, tipificado na Lei nº. 12.869/2019.

Argumentam as cooperativas, por meio dos autos dos mandados de segurança, que à filiação na OCB cerceia seu direito de associação e que os percentuais pecuniários exigidos são exorbitantes e que prejudicam os pequenos agricultores. Em que pese diversos mandados de segurança tenham tido liminar concedida, a SEDUC-SP permanece mantendo a exigência controversa em seus editais de chamada pública, conforme se depreende da peça editalícia constante nos autos do processo administrativo nº. 015.00363159/2023-69.

4 CONCLUSÃO

À vista do exposto, foram interpostos pedidos de acesso à informação, com base na Lei Federal nº. 12.527/2011, na SEDUC-SP, a fim de questionar: i) qual o posicionamento atual oficial do órgão acerca da exigência da OCB; ii) Qual o montante repassado pela FNDE

para o PNAE e qual percentual investido durante os anos de 2022 e 2023; iii) Qual montante empenhado em 2024 e qual montante já fora liquidado e pago neste exercício; iv) Relação de Cooperativas que forneceram gêneros alimentícios à SEDUC-SP, de 2021 até o momento. O pedido de acesso à informação se fez necessário uma vez que o portal da transparência do governo do estado de São Paulo não traz os dados atualizados, contrariando à lei federal e seus objetivos. A partir da resposta da SEDUC, será construído um painel e um roteiro de entrevistas que será direcionado à três importantes atores: i) à Coordenação do PNAE na FNDE, em específico à DIDAF (Divisão de Desenvolvimento da Agricultura Familiar); ii) ao Departamento de Alimentação Escolar da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, da Coordenadoria de Infraestrutura e Serviços Escolares (DAESC/CISE); e iii) à Coordenadoria de Alimentação Escolar da Prefeitura de São Paulo.

O objetivo primário das entrevistas será compreender qual o posicionamento oficial dos órgãos responsáveis acerca da exigência da Organização das Cooperativas do Brasil. No caso da Coordenadoria responsável pelo PNAE, será questionado, em resumo, por qual motivo a exigência da OCB não consta na minuta de edital padrão constante na Resolução que norteia às compras públicas da agricultura familiar. No que concerne à Prefeitura do Município de São Paulo, importa saber qual motivo técnico da não previsão da OCB nos editais do ente. Quanto a SEDUC-SP, será questionado sobre o desenho da política em âmbito estadual e quais são as possíveis limitações que o órgão encontra na implementação do PNAE.

Dos três órgãos em que se interpôs pedido de acesso à informação, apenas a Secretaria de Educação de São Paulo se manifestou, conforme tabela 3 abaixo. A análise da íntegra da manifestação e dos autos do Processo Administrativo solicitado, causa sobressalto.

TABELA 3: Questionamento por meio de lei de acesso à informação e manifestação do Governo Estadual.

Questionamento	Manifestação
A íntegra dos autos do processo ou expediente administrativo em que fora exarado o Parecer CJ/SE nº. 1054/2020, que trata sobre a OCB exigida para as Chamadas Públicas da AF	O parecer jurídico CJ/SE nº. 1054/2020 foi expedido sobre o expediente de nº. SEDUCEXP-2020/326175, autuado e instruído pelo Departamento de Suprimentos e Licitações – DESUP, no intuito de sanar dúvidas referente as exigências de habilitação dos grupos formais, proponentes das chamadas públicas do PNAE.
Que seja informado qual o atual posicionamento técnico do Depto. De Alimentação Escolar acerca da exigência da OCB, levando em consideração as diretrizes do PNAE, que versam sobre o fomento do desenvolvimento local e a segurança alimentar, o DAESC considera que a exigência da OCB contribui para o atingimento destas diretrizes? Se sim, em qual medida?	De acordo com o artigo 5º da Resolução FNDE nº. 06/2020, as diretrizes do PNAE são: (foi reproduzido o artigo 5˚)... A Lei Federal nº. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, Em consonância com a previsão na Lei Federal nº. 5.764/1971, o Estado de São Paulo editou a Lei estadual nº. 12.226, de janeiro de 2006. Cumpre esclarecer que o DAESC por força de suas atribuições, demanda as compras de gêneros alimentícios para compor os cardápios da alimentação escolar à luz das diretrizes do Programa Nacional de Alimentação Escolar. Nesta demanda, autua os processos licitatórios e de chamadas públicas, atuando nas fases preparatórias dos procedimentos, no caso de chamadas públicas, contribui somente com o Termo de Referência, em cumprimento das segregações de funções da Pasta. Os documentos de habilitação em certame são de cunho jurídico e não técnico.
Quanto aos anos de 2022 e 2023, que seja informado qual o montante orçamentário destinado ao órgão, via PNAE e deste montante, quanto foi destinado para a Agricultura Familiar	Em 2022 foram repassados mais de R$ 246MM de verba PNAE, desse montante foram investidos mais de 30% em compras da agricultura familiar, contudo, considerando que parte dos pagamentos dos produtos entregues ocorreram no início de janeiro do ano subsequente, a SEDUC-SP computou mais de 21% em compras da agricultura familiar em 2022. Em 2023 foram repassados mais de R$ 310MM, desse montante foram adquiridos e pagos 33,57% com gêneros alimentícios da agricultura familiar, acima do percentual mínimo exigidos pelo PNAE.

Quanto ao expediente administrativo citado na manifestação, sob a identificação SEDUCEXP-2020/326175, verifica-se alguns pontos principais, quais sejam: o Departamento de Alimentação Escolar trouxe à baila que realizou contato com a Coordenadoria de Desenvolvimento do Agronegócio (CODEAGRO), órgão da Secretaria de Estado da Agricultura e Abastecimento, responsável por prestar assessoramento jurídico às associações e cooperativas do estado de São Paulo. Este órgão sugeriu que a exigência da OCB não fosse considerada nos editais licitatórios da Secretaria Estadual de Educação:

> "Recomendamos ainda, que a exclusividade do registro perante a entidade estadual da Organização das Cooperativas Brasileiras OCB, seja dispensada, admitindo também que as cooperativas apresentem o registro em outra entidade representativa da categoria, em observância ao inciso XVIII do artigo 5º da Constituição Federal.
> Entendemos que a obrigatoriedade da apresentação do registro, exclusivamente, perante a OCB restringe a participação dos grupos formais para fornecimento dos gêneros alimentícios da agricultura familiar. Além disso, em consulta a editais de chamamento público para compra de gêneros alimentícios da agricultura familiar, não foram encontrados essa exigência." Manifestação CODEAGRO, emitida em 08/10/2020"

Contudo, a exigência segue sendo considerada nos editais atuais do Estado de São Paulo. Pela relevância da pauta, a agenda de pesquisa se debruçará nos meandros legislativos, na avaliação da política à nível federal e no posicionamento dos atores envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <Constituição(planalto.gov.br)>. Acesso em: 07/08/2024.

_____. Lei nº. 5.764, de 13 de dezembro de 1971. **Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências**. Acesso em 07/08/2024. Disponível em: <L5764(planalto.gov.br)>

_____. Lei nº. 11.947, de 16 de junho de 2009. **Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências**. Diário Oficial da União. 17 jun. 2009. p. 2.

_____. Lei nº. 12.016, de 07 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Acesso em 10/08/2024. Disponível em: < L12016 (planalto.gov.br)>.

_____. Lei nº. 12.527, de 8 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º , no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.** Acesso em 07/08/2024. Disponível em: <L12527 (planalto.gov.br)>.

_____. Lei nº. 14.133, de 1 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Acesso em 06/08/2024. Disponível em: <L14133 (planalto.gov.br)>.

_____. Resolução CD/FNDE no 6, de 8 de maio de 2020. **Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 maio 2020. Seção 1, p. 38.

_____. Medida Provisória n.º 455 de 27 de janeiro de 2009. **Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica, altera a Lei no 10.880, de 9 de junho de 2004, e dá outras providências**. Diário Oficial da União 2009; 27 jan.

Belik, W; Fornazier, **A.** Políticas públicas e a construção de novos mercados para a agricultura familiar: **analisando o caso da alimentação escolar no município de São Paulo**. Raízes: Revista de Ciências Sociais e Econômicas, [S. l.], v. 36, n. 2, p. 70–83, 2016. DOI: 10.37370/raizes.2016.v36.460. Disponível em: https://raizes.revistas.ufcg.edu.br/index.php/raizes/article/view/460. Acesso em: 7 ago. 2024.

Coutinho, D. R.; Foss, M. C.; Levy, M.; De Paula, P. do C. B. DIREITO E INOVAÇÃO EM COMPRAS PÚBLICAS: **O CASO DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR**. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 203–228, 2022. DOI: 10.21783/rei.v8i2.726. Disponível em: https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/726. Acesso em: 7 ago. 2024.

Diário Oficial Poder Executivo - Seção I. São Paulo, 130 (238) – 135. terça-feira, 1º de dezembro de 2020. Edital licitatório. Disponível em: <Diário Oficial do Estado de São Paulo (diariooficial.sp.gov.br) >.

Diário Oficial Poder Executivo - Seção I. São Paulo, 131 (212) – 189. sábado, 6 de novembro de 2021. Ata de inabilitação. Diário Oficial do Estado de São Paulo (diariooficial.sp.gov.br) >.

FNDE. NOTA TÉCNICA Nº 5003/2016/DIDAF/COSAN/CGPAE/DIRAE. 2016. Acesso em: 10/08/2024. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-area-gestores/pnae-notas-tecnicas-pareceres-relatorios.>.

____. Histórico. Publicado em 01/01/2013 19h24. Atualizado em 05/07/2023 09h30. [Página da internet]. Acesso em: 10/08/2024. Disponível em: <Histórico — Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação(www.gov.br)>.

_____. Reajuste no PNAE supera 40% em alguns estados: Cálculo para repasses leva em conta o número de dias de atendimento, a quantidade de estudantes matriculados em cada rede ou unidade de ensino e o respectivo per capita. Publicado em 14/03/2023 19h46 Atualizado em 27/07/2023 10h06. [Página da internet]. Acesso em: 10/08/2024. Disponível em: <Reajuste no PNAE supera 40% em alguns estados — Ministério da Educação (www.gov.br)>.

Kroth, Darlan Christiano, Geremia, Daniela Savi e Mussio, Bruna Roniza. Programa Nacional de Alimentação Escolar: **uma política pública saudável**. Ciência & Saúde Coletiva [online]. v. 25, n. 10 [Acessado 3 Agosto 2024] , pp. 4065-4076. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-812320202510.31762018>.

Marques, E; Faria, CAP. **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013. 978-85-393-0401-1. Editora Unesp, 978-85-7541-422-4. Editora Fiocruz

Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559776375. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559776375/. Acesso em: 11 ago. 2024.

Nascimento, Renato Carvalheira do. **A contribuição de Josué de Castro para o sistema e a política nacional de segurança Alimentar e Nutricional**. In: SILVA, Tânia Elias Magno (Org.). Josué de Castro. Rio de Janeiro: Fundação Miguel de Cervantes, 2012.

Pedraza, D. F., Melo, N. L. S. de ., Silva, F. A., & Araujo, E. M. N.. (2018). Avaliação do Programa Nacional de Alimentação Escolar: **revisão da literatura**. Ciência & Saúde Coletiva, 23(5), 1551–1560. Acesso em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232018235.17832016>

Peixinho, A. M. L.. A trajetória do Programa Nacional de Alimentação Escolar no período de 2003-2010: **relato do gestor nacional**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 18, n. 4, p. 909–916, abr. 2013.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº. 12.226, de 11 de janeiro de 2006. **Institui a Política Estadual de Apoio ao Cooperativismo**. Acesso em: 10/08/2024. Disponível em: <Lei nº. 12.226, de 11 de janeiro de 2006 - Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo>.

Silva, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1ª ed. 2. reimpr. - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

PARTE III

CRISE DEMOCRÁTICA, ELEIÇÕES E DESINFORMAÇÃO

INTERSEÇÕES ENTRE O PROCESSO ELEITORAL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ANÁLISE DA RESOLUÇÃO TSE Nº. 23.732/2024 E DO REGULAMENTO (UE) 2024/1689

INTERSECTIONS BETWEEN THE ELECTORAL PROCESS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: ANALYSIS OF TSE RESOLUTION N. 23.732/2024 AND REGULATION (EU) 2024/1689

Ian Ferrare Meier[185]

Maria Antônia Melo Beraldo[186]

Mateus Nishimura de Lima[187]

Resumo: O presente trabalho busca analisar o recente cenário de interseção entre o uso de sistemas de inteligência artificial (IA) e o processo eleitoral. Através da análise da Resolução nº. 23.732/2024, do Tribunal Superior Eleitoral, e do Regulamento (UE) 2024/1689, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, pretende-se responder (i) se a recente resolução do TSE é suficiente para garantir a total segurança no processo eleitoral quanto ao mau uso de sistemas de IA e (ii) quais são as semelhanças e diferenças entre os

185 Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Bolsista FAP/DF. Graduado em Direito pelo CEUB. Editor-Chefe da Revista de Egressos e Acadêmicos em Direito do Centro Universitário de Brasília (READ I CEUB). Pesquisador pela BI Norwegian Business School e do Laboratório de Governança e Regulação de Inteligência Artificial (LIA) do Instituto de Direito Público (IDP). Membro da Coordenação do Centro de Estudos Constitucionais Comparados (CECC) da Universidade de Brasília (UnB). Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4955837349824368. E-mail: ianferrare@gmail.com.

186 Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro da Coordenação e pesquisadora do Centro de Estudos Constitucionais Comparados (CECC) da Universidade de Brasília (UnB). Extensionista no Escritório Jurídico para Diversidade Étnica e Cultural (JUSDIV) da Universidade de Brasília (UnB). Lattes: http://lattes.cnpq.br/4460103623354102. E-mail: mariaantoniamelob@gmail.com.

187 Pós-graduando em Direito Público e Contemporâneo pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador do Centro de Estudos Constitucionais Comparados da Universidade de Brasília CECC-UnB). Residente Jurídico do Ministério Público do Paraná. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3449591576521113. E-mail: nishimuradelima@gmail.com.

instrumentos normativos. Para tanto, realizou-se pesquisa documental e bibliográfica. Ao final, verificou-se a insuficiência da resolução e uma série de semelhanças e diferenças.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Processo eleitoral; União Europeia; Tribunal Superior Eleitoral; Novas tecnologias.

Abstract: This work seeks to analyze the recent scenario of intersection between the use of artificial intelligence (AI) systems and the electoral process. Through the analysis of Resolution No. 23.732/2024, of the brazilian Superior Electoral Court (TSE), and Regulation (EU)2024/1689, of the European Parliament and the Council of the European Union, we intend to answer (i) whether the recent TSE resolution is sufficient to guarantee total security in the electoral process regarding the misuse of AI systems and (ii) what are the similarities and differences between the normative instruments. To this end, documentary and bibliographical research was carried out. In the end, the insufficiency of the resolution and a series of similarities and differences were found.

Keywords: Artificial intelligence; Electoral process; European Union; Superior Electoral Court; New technologies.

1 INTRODUÇÃO

Os sistemas de Inteligência Artificial (IA) são assunto antigo no campo da ciência da computação. Consideramos como o nascimento simbólico do campo o *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence (*John McCarthy *et al.*, 1955), uma proposta de projeto de pesquisa que teve origem em 1955 e que ocorreu no verão de 1956. O projeto reuniu nomes que hoje conhecemos bem, como John McCarthy e Marvin Minsky.

Apesar de ser um campo de estudo próximo dos seus 70 anos, foi somente a partir do final do século passado e início dos anos 2000 que tivemos um aumento expressivo dos avanços tecnológicos e,

consequentemente, da sua popularidade. Antes disso, a área passou pelo que ficou conhecido como *AI winters*, que ocorreram da década de 1970 até cerca de 1990 (OECD, 2019, p. 20). No início, houve muito fascínio, interesse e investimento. Contudo, essas altas expectativas ainda não estavam acompanhadas do *boom* do avanço tecnológico que iríamos ter mais adiante. Assim, tivemos décadas de ceticismo e pessimismo sobre a IA, que se transmitiram também na perda do interesse público e dos investimentos sobre ela (Barbosa; Pinheiro, 2023, p. 12; OECD, 2019, p. 20).

O renascer da atenção do mundo à IA, ou a chegada da primavera (Havenstein, 2005), não veio do nada. Tivemos um crescimento da capacidade computacional, a redução dos custos de armazenamento de dados, o avanço no campo de *machine learning* com base em redes neurais e uma série de outros fatores que, juntos, colaboraram para o seu crescimento exponencial (OECD, 2019, p. 21).

Ainda não temos consenso sobre seu conceito, o que é algo natural na ciência e na academia. Neste trabalho, a breve discussão conceitual será concentrada nas definições que estejam diretamente relacionadas às problemáticas do trabalho, em especial às definições publicadas pelo (i) Tribunal Superior Eleitoral e (ii) o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia (UE).

Vale destacar que parte dessa falta de consenso passa pelo valor semântico das palavras "inteligência" e "artificial". Argumenta-se que esses sistemas não são inteligentes e tão pouco artificiais. A crítica à primeira palavra vem dos atributos que pertencem à inteligência de acordo com algumas de suas definições e não estão presentes na IA, como a capacidade de realizar analogias e compreender significados, a presença de consciência, intencionalidade, livre arbítrio, ética e moral (Kaufman, 2021).

A crítica à segunda palavra está relacionada à desmistificar o imaginário de que a IA é algo que não possui qualquer relação com a materialidade, ou seja, que seria justamente algo "artificial". A IA precisa de infraestruturas físicas que utilizam recursos naturais. Para citar um exemplo, temos o uso do lítio por equipamentos eletrônicos

como os smartphones e notebooks (Kaufman, 2021). Além disso, temos um grande impacto no consumo de energia, na emissão de CO2 (Kaufman, 2020) e no uso de água (Lemos, 2024).

Levando isso em consideração, seguimos com os 2 conceitos escolhidos para formar a base do trabalho. O primeiro deles nasce na Resolução nº. 23.732/2024, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que trouxe essa novidade conceitual para o art. 37, inciso XXXIV, da Resolução nº. 23.610/2019, também do tribunal:

> Art. 37. Para o fim desta Resolução, considera-se: [...] XXXIV - inteligência artificial (IA): sistema computacional desenvolvido com base em lógica, em representação do conhecimento ou em aprendizagem de máquina, obtendo arquitetura que o habilita a utilizar dados de entrada provenientes de máquinas ou seres humanos para, com maior ou menor grau de autonomia, produzir conteúdos sintéticos, previsões, recomendações ou decisões que atendam a um conjunto de objetivos previamente definidos e sejam aptos a influenciar ambientes virtuais ou reais (Brasil, 2024).

O segundo conceito de grande importância para o nosso trabalho é o abordado no art. 3º, item 1, do Regulamento (UE) 2024/1689, do Parlamento Europeu e do Conselho da UE. Nele, vemos a previsão conceitual de "sistema de IA", muito similar à adotada pelo TSE:

> Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: 1) «Sistema de IA», um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos,

> recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais (União Europeia, 2024).

Fato é que a IA cada vez mais faz parte do cotidiano das pessoas. De acordo com dados levantados pelo Google (Laporta, 2024), no Brasil, 46% dos seus usuários já utilizaram algum recurso de IA entre abril de 2023 até o mesmo mês de 2024, enquanto a média global para o mesmo período foi de 38%. Outros levantamentos apontam que o acesso à referida tecnologia é mais restrito. De acordo com pesquisa realizada pela Genial/Quaest (Silvestre, 2024), somente 21% da população já utilizou algum tipo de recurso de IA, sendo a maioria dessa parcela formada por pessoas com curso superior e pertencentes às classes sociais mais altas, reforçando a percepção do abismo digital existente no país quanto ao acesso às novas tecnologias.

No entendimento de Barroso e Mello (2024), a IA pode prover diversos benefícios, como uma melhor capacidade decisória em várias áreas de conhecimento, contribuindo na automação, no campo da linguagem, em pesquisa e inovação, na medicina, no sistema de justiça, na educação e na cultura etc. Por outro lado, a IA também pode apresentar certos riscos, como a utilização para fins bélicos, impactos no mercado de trabalho, massificação da desinformação, violação da privacidade, discriminação algorítmica, além de questões relacionadas à propriedade intelectual e aos direitos autorais.

Nesse mesmo sentido, 37% da população brasileira vê o uso da IA com pessimismo (Silvestre, 2024). Dentre os receios, destaca-se a possibilidade de seu uso ser direcionado ao fomento da desinformação e manipulação da opinião pública. Diante disso, a maioria da população brasileira acredita que a IA deva receber algum tipo de regulação (73%) (Barbi, 2024).

Nos últimos anos, tem se observado um fluxo cada vez maior de desinformação e a utilização de ferramentas de IA no âmbito político pode fragilizar ainda mais os processos eleitorais ao redor do mundo. No ano de 2024, mais de 66 países, além da UE, passarão por processos de escolha de seus representantes. No Brasil, no mês de outubro,

ocorrerão as eleições municipais, com a participação de mais de 156 milhões de eleitores (TRE/SC, 2024).

Objetivando garantir um voto livre, longe de desinformações, e acompanhando o dinamismo das inovações tecnológicas e suas aplicações no processo eleitoral, o TSE trouxe algumas inovações à Resolução n. 23.610/2019, a fim de atualizá-la, principalmente no que se refere ao uso de IA nas propagandas eleitorais. Dentre as principais inovações, estão a obrigatoriedade na indicação do uso de IA em propagandas eleitorais e a vedação do uso de *deep fakes* e de *chatbots*, visando preservar a higidez do pleito eleitoral.

A UE também tem realizado um extenso debate para a harmonização jurídica e construção de uma estratégia digital no âmbito da Comissão Europeia, dentre a qual se inserem provisões específicas para a regulamentação da IA em períodos eleitorais. Desde 2018, o bloco instituiu o grupo de alto nível de especialistas em IA, espaço deliberativo para propor diretrizes éticas, com vistas a melhor endereçar os riscos da IA, incluindo para a democracia. Os trabalhos do grupo forneceram subsídios para a publicação de normativas que englobam um projeto de regulamentação mais voltado para o aspecto comercial.

Embora as menções mais específicas quanto aos riscos da IA no processo eleitoral sejam apresentadas em menor escala na legislação europeia, estas são relevantes e permitem identificar certa influência desta regulamentação nas normativas brasileiras. Neste contexto, o presente estudo almeja analisar as interseções entre o processo eleitoral e o uso de IA à luz do enquadramento normativo trazido pela UE, na figura da Comissão Europeia e pelo Brasil, no âmbito do TSE.

Para este fim, a pesquisa utilizou metodologia qualitativa, fundamentada em pesquisa bibliográfica e documental e na análise da Resolução nº. 23.610 do TSE e do Regulamento (UE) 2024/1689 (*AI Act*). Embora este regulamento não seja tão específico ao campo eleitoral quanto a Resolução do TSE, e também não seja o equivalente normativo à Resolução no âmbito europeu, tem-se que o *AI Act* traz considerações mais substantivas para compreensão dos riscos da IA

para o processo democrático e para a administração da justiça, se comparados às demais legislações europeias.

A partir deste recorte metodológico, buscamos responder às seguintes perguntas: (i) a alteração na Resolução nº. 23.610/2019, do TSE, relacionada ao uso de IA, é suficiente para garantir a total segurança no processo eleitoral quanto ao seu uso? (ii) existe influência das regulamentações da UE no Brasil quanto ao uso de IA no processo eleitoral? A hipótese a ser testada será a de que a alteração na resolução ainda não representa uma redação normativa suficientemente capaz de garantir a total segurança no processo eleitoral contra o mau uso da IA e que o país recebe influência das regulamentações da UE na matéria, o que poderia constituir algo semelhante ao efeito Bruxelas.

Neste sentido, o objetivo geral do trabalho é compreender o estado atual da regulamentação do uso no Brasil e a influência da UE nesta regulamentação. A pesquisa foi conduzida pelos seguintes objetivos específicos para: (i) analisar a alteração na resolução; (ii) compreender o nível da capacidade de proteção do processo eleitoral contra o mau uso da IA e (iii) identificar uma possível influência na UE na regulamentação da matéria no Brasil. Sendo assim, o trabalho busca contribuir com um melhor entendimento sobre a recente regulamentação pelo TSE, sua capacidade protetiva e em que medida o país é influenciado pela UE na matéria.

2 DO CONTEXTO ELEITORAL BRASILEIRO E MUNDIAL

Diante do progressivo desenvolvimento dos algoritmos das redes sociais, que identificam os interesses dos seus usuários, filtram e direcionam conteúdos de potencial interesse, fenômeno definido TSE como microdirecionamento (Brasil, 2024), percebe-se que as plataformas digitais vêm adquirindo um papel cada vez mais central na formação de opinião.

Atualmente, de acordo com a edição de 2024 do relatório anual *Digital News Report*, elaborado pela *Reuters Institute for the Study of*

Journalism, as mídias sociais figuram como uma das principais fontes de produção e de consumo de notícias. Trata-se de um fenômeno mundial, e um de seus motivos é a falta de confiança do público em relação às mídias tradicionais. Além disso, somente 40% acreditam nos noticiários, sendo o público mais jovem, com menos recursos e com menor acesso à educação aqueles que apresentam uma menor taxa de confiança.

No Brasil, 47% evitam consumir notícias. Já aqueles que seguem consumindo noticiários, têm as redes sociais como principal fonte (51%). Assim, mesmo que a televisão siga sendo o meio que mais obtém recursos financeiros, seu uso como fonte de notícias tem

decaído fortemente desde o ano de 2015, quando aparecia como a principal fonte de notícias de 81% dos brasileiros, enquanto hoje aparece com 50% (Reuters 2024).

Diante disso, os veículos de comunicação tradicionais vêm passando por significativas mudanças. Alguns meios têm deixado de abordar de maneira tão enfática assuntos de cunho político, visando o engajamento. Há também a adoção de novos formatos, preferindo-se vídeos ao escrito, a fim de reter a atenção dos usuários em suas plataformas digitais, predominando conteúdos com mais elementos visuais, principalmente em plataformas como o TikTok, Instagram Reels, YouTube etc. (Reuters, 2024).

Contudo, as redes sociais também têm se apresentado como campo fértil à desinformação, já que a disseminação de conteúdo inverídico se dá mais facilmente nas plataformas digitais. Tal fenômeno pode ser explicado por estudos conduzidos pela Universidade de Califórnia (Nikos-Rose, 2023), que apontam que conteúdos negativos e chocantes despertam maior preferência que informações positivas.

Nesse sentido, as mídias produzidas com IA também podem angariar amplo compartilhamento, já que normalmente veiculam conteúdos exagerados. A preocupação torna-se ainda maior quando grande parcela da população brasileira apresenta dificuldades em diferenciar mídias geradas por IA das mídias reais. De acordo com

pesquisa realizada pelo Instituto Ideia, 59% não sabem reconhecer imagens ou vídeos gerados por IA (Barbi, 2024).

Toda essa nova dinâmica de circulação de conteúdos nas redes sociais gera também reflexos no processo eleitoral. De acordo com um levantamento de 2019 do DataSenado, 45% dos brasileiros afirmam já terem decidido seu voto levando em consideração postagens vistas em alguma rede social (Baptista, 2019).

O Índice de Popularidade Digital (IPD) também apresenta a influência das redes sociais nas eleições. Utilizando-se de algoritmo de IA, coletando e processando 152 variáveis dos perfis de candidatos nas redes sociais X (antigo Twitter), Facebook, Instagram, YouTube, e nos sites Wikipedia e Google, a ferramenta monitora seis aspectos: presença digital (perfis ativos), fama (número de seguidores), engajamento (comentários e curtidas por post), mobilização (compartilhamentos), valência (proporção de reações positivas e negativas) e interesse (volume de buscas), para apresentar um índice que varia de 0 a 100. Quanto maior o índice, melhor representada a pretensão de voto do eleitor (Barbon, 2022).

Apesar de ter apresentado incongruências nas eleições gerais brasileiras de 2022, data da sua última divulgação, o índice apontou 85,6 e 81,4, respectivamente, aos candidatos à Presidência da República Lula e Bolsonaro. Além disso, em seis das sete disputas estaduais analisadas, a correlação apresentada foi maior que 82%.

A circulação de fatos inverídicos nas redes sociais também faz parte dessa nova dinâmica. Apesar da recente ampliação de desinformação promovida por mídias geradas ou

modificadas digitalmente, não se trata de fenômeno recente. Recorda-se o caso da então candidata à vice-presidência da República, Manuela d'Ávila, nas eleições presidenciais de 2018, que teve suas fotos alteradas digitalmente, associando-a a ataques à religião, alcançando amplo compartilhamento que prejudicaram sua imagem (Desinformante, 2022).

Atualmente, o acesso a ferramentas digitais de manipulação de fotos e geração de mídias foi popularizado, além de que os recursos

de edição foram facilitados. Por meio de ferramentas que utilizam IA generativa, é possível a concepção de imagens e vídeos falsos a partir de simples comandos, dispensando a essencialidade da expertise.

A circulação de tais conteúdos nas redes sociais apresenta um risco ainda maior, uma vez que normalmente seus usuários não se atêm aos detalhes e compartilham informações inverídicas sem antes realizar um exercício minucioso de avaliação da veracidade dos fatos. De acordo com a pesquisa TIC Domicílios, apenas 37% dos que só usam a internet pelo celular fizeram alguma checagem de informações no aparelho (Resende, 2023).

Por fim, o receio quanto a conteúdos inverídicos nas redes sociais pode ser percebido de pesquisa do Observatório Febraban (2024), a qual aponta que 73% dos brasileiros se dizem preocupados com o uso de *fake news* nas eleições, com 88% defendendo punições severas aos candidatos que se beneficiarem de notícias falsas. Nesse sentido, cabe às autoridades eleitorais preservarem o pleno exercício do voto, possibilitando ao eleitor que seu processo de escolha de voto se dê de informações confiáveis, assegurando o seu direito fundamental de sufrágio e de liberdade de expressão.

2.1 RESOLUÇÕES DO TSE E SEU PODER NORMATIVO

Visando uma melhor regulação acerca do uso de IA em propagandas eleitorais, em fevereiro de 2024, de maneira inédita, promoveu alterações à Resolução nº. 23.610/2019, que dispõe sobre propaganda eleitoral, visando o combate à circulação de desinformação e propagação de conteúdos falsos de conteúdo político-eleitoral durante o período eleitoral, por meio da Resolução nº. 23.714/2024.

As resoluções do TSE são fontes formais do direito eleitoral e visam estabelecer uma melhor organização do serviço interno, dos trabalhos de preparação e execução das eleições, garantindo uniformidade na aplicação da legislação eleitoral (Gomes, 2022, p. 36).

Destaca-se que as resoluções possuem natureza de *ato-regra*, uma vez que criam situações gerais e abstratas, com força de lei, apesar de não se configurarem como tal. Diante de seu caráter regulamentar, tais dispositivos devem sempre observar o disposto na Constituição Federal e nas leis relativas às eleições ou ao processo eleitoral, não podendo restringir direitos, nem estabelecer sanções distintas das já previstas.

2.2 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA RESOLUÇÃO-TSE Nº. 23.714/2024

Diante do complexo e emergente debate acerca do uso de IA, as inovações introduzidas pela Resolução nº. 23.732/2024 vêm em boa hora. Observa-se que o órgão máximo da Justiça Eleitoral acrescentou à Resolução nº. 23.610/2019, as seguintes medidas relacionadas ao uso de IA: (i) a proibição ao uso de *deep fakes*; (ii) obrigação de aviso sobre o uso de IA na propaganda eleitoral; (iii) restrição do emprego de robôs para intermediar contato com o eleitor (sendo vedado a simulação de diálogo com candidato ou qualquer outra pessoa durante a campanha); e (iv) responsabilização das *big techs* que não retirarem do ar, imediatamente, conteúdos com desinformação, discurso de ódio, ideologia nazista e fascista, além dos antidemocráticos, racistas e homofóbicos.

Destaca-se o acréscimo do artigo 9°-B, que regulamenta o uso da IA na propaganda eleitoral, a obrigatoriedade de se informar, de maneira explícita, que o conteúdo foi gerado ou alterado por meio da tecnologia. O artigo também apresenta as hipóteses em que são permitidos o uso de IA, como no caso de ajustes que visam a melhoria da qualidade de imagem ou de som; a produção de elementos gráficos de identidade visual, vinhetas e logomarcas; e recursos de marketing de uso costumeiro em campanhas. Por outro lado, vedou o uso de *chatbots* ou qualquer outro tipo de ferramenta que simule a interlocução do eleitor com o candidato ou outra pessoa real.

Ao uso de IA em propaganda eleitoral que contrarie o disposto no art. 9°-B, impõe-se a imediata indisponibilidade do serviço de comunicação ou remoção de conteúdo. Assim, infere-se que a preocupação da Corte Eleitoral se concentra no mau uso de IA em propaganda eleitoral, ou seja, aquele que apresenta o potencial de distorcer a veracidade, influenciando indevidamente o eleitorado. Trata-se de preocupação relevante, visto que para a manutenção da integridade do processo eleitoral, demonstram-se essenciais a transparência e a ética no uso da tecnologia.

Nesse mesmo sentido, é acertada a inovação trazida pelo artigo 9°-C, que dispõe acerca da vedação ao uso de *deep fake*, entendida como a criação ou manipulação de áudio, vídeo, ou ambos, de forma digital, visando a substituição ou modificação de imagem ou voz de pessoa, seja ela viva, falecida ou fictícia. Seu uso é vedado mesmo que em benefício ao candidato. Assim, dispõe a resolução que o descumprimento de tal dispositivo configura abuso de poder político e uso indevido dos meios de comunicação social, podendo acarretar a cassação do registro ou do mandato, sem prejuízo de aplicação de outras medidas cabíveis quanto à irregularidade da propaganda e à ilicitude do conteúdo.

2.3 IMPACTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA IA NAS ELEIÇÕES

O uso de IA tem potencial para facilitar o desenvolvimento de diversas atividades cotidianas, aprimorando, inclusive, atividades relacionadas ao processo eleitoral. Importante, contudo, que o emprego de tais ferramentas se dê combinado à moderação humana, para que assim seja possível a identificação e eventual controle de conteúdos que promovam o discurso de ódio, a desinformação e matérias antidemocráticas.

Pode-se apontar como um exemplo de bom uso a iniciativa do Estadão, que utiliza um *chatbot* que permite ao leitor tirar dúvidas consultando a ferramenta (2023). As respostas geradas pelo robô

são geradas a partir do arquivo de conteúdos do jornal, assegurando a qualidade das respostas, reduzindo as chances de alucinações, fenômeno no qual sistemas de IA produzem respostas falsas ou que fogem ao bom senso. Assim, é permitido à ferramenta uma constante atualização, promovida a partir de produções humanas, não ficando restrita a períodos temporais.

Por outro lado, o uso negativo de IA no âmbito político-eleitoral pode trazer riscos ao exercício hígido da democracia, com o potencial de enganar o eleitor a partir da dissimulação de situações inverídicas, principalmente com a influência cada vez maior das redes sociais e o uso de recursos tecnológicos nos pleitos eleitorais ao redor do mundo.

Nesse sentido, destaca-se a eleição presidencial indonésia de 2024, na qual o candidato eleito Prabowo Subianto, antigo Ministro da Defesa e general militar, repaginou sua imagem por meio de uma campanha focada nas redes sociais (Lehmann-Jacobsen, 2024). Fatores como a maioria do eleitorado indonésio ser considerado jovem e uma média de tempo de consumo de redes sociais acima da média mundial, a estratégia adotada por Subianto utilizou-se de recursos com IA generativa, gerando vídeos em que aparecia fazendo dancinhas no TikTok. Assim, transformou o candidato em uma figura simpática de um avô divertido e que faz dancinha, contribuindo à vitória, ainda que enfrente acusações de crimes contra a humanidade, incluindo raptos e desaparecimentos forçados de ativistas durante protestos em massa no final dos anos 1990 (Lehmann-Jacobsen, 2024).

Nos Estados Unidos, em janeiro de 2024, à véspera das primárias estaduais, Joe Biden foi alvo de *deep fake*. No caso, circulou no estado de New Hampshire um áudio simulando a voz do presidente dos Estados Unidos, transmitindo mensagem na qual supostamente pedia que os membros do Partido Democrata ficassem em casa e deixassem de votar. Em resposta, a direção da campanha de Biden afirmou que a gravação era falsa e uma tentativa de atrapalhar o resultado da eleição (Swenson, Weissert, 2024).

Após o anúncio da desistência de Biden à corrida eleitoral dos EUA, *deep fakes* de Kamala Harris também viralizaram nas redes sociais.

Tanto no TikTok como no X, passaram a circular vídeos manipulados, com áudios sobrepostos, gerados por ferramentas que utilizam-se de IA (Blinder, 2024).

Também observou-se a utilização de imagens geradas por IA, compartilhadas nas redes sociais por apoiadores de Donald Trump, em que o candidato à Casa Branca pelo Partido Republicano aparece com apoiadores negros. Apesar de o empresário buscar a ampliação de apoio junto aos eleitores ligados a comunidades negras nos EUA, trata-se de imagens falsas, que podem gerar desinformação (O Globo, 2024).

No Brasil, algumas medidas já começaram a ser adotadas. Seguindo o entendimento do TSE, ao menos quatro tribunais regionais eleitorais já aplicaram multas ou determinaram a remoção de conteúdos, sendo a maioria dos casos por uso de *deep fakes* (Gullino, 2024). De acordo com levantamento, no primeiro semestre de 2024, foram julgados pela Justiça Eleitoral 43 ações relacionadas ao uso de IA em pré-campanha eleitoral, sendo que em 14 dos casos analisados (32%) considerou-se irregular o uso da tecnologia (Dal Piva, 2024).

Entretanto, diversos fatores apontam a dificuldade de aplicação dos parâmetros estabelecidos à regulação de IA em propagandas eleitorais. Dentre elas estão: o caráter de novidade dos casos; a necessidade de conhecimentos tecnológicos para basear as decisões; a falta de jurisprudência consolidada; a falta de uma regulação que estabeleça diretrizes gerais; a inexperiência dos juristas; entre outras.

No Senado brasileiro, o Projeto de Lei n° 2338, de 2023, que dispõe sobre o uso de IA, ainda aguarda votação, o que dificulta a padronização, ainda que as resoluções do TSE tenham buscado abranger o estado da arte do tema. Nesse sentido, a falta de uma regulação geral dificulta a análise acerca de *deep fakes* criadas por eleitores, práticas que não são consideradas pelas novidades propostas pelo TSE (Soares, 2024).

2.4 DA (IN)SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS ADOTADAS PELO TSE

Apesar de assertivas e necessárias, as alterações promovidas à Resolução nº. 23.610/2019 ainda não representam uma redação normativa suficientemente capaz de garantir a total segurança no processo eleitoral quanto ao uso de IA. A atuação da Justiça Eleitoral na preservação da higidez do processo democrático é essencial, alertando a população acerca dos riscos trazidos pelo mau uso da IA, bem como no reforço à identificação de tais conteúdos.

A geração e compartilhamento de conteúdos político-eleitorais falsos gerados por IA por eleitores não foram abordados pelo TSE. Sabe-se que a identificação da origem de tais conteúdos é tarefa árdua, mas sua circulação pode causar significativos impactos nas eleições. Ainda que posteriormente tais conteúdos sejam esclarecidos, o impacto da revisão não é o mesmo que o inicialmente causado.

Desse modo, recomenda-se às autoridades eleitorais o fortalecimento da fiscalização de conteúdos que promovam desinformação, principalmente aqueles gerados por IA. Cabe também à Justiça Eleitoral zelar pela concretização do processo eleitoral, com campanhas que promovam a transparência e a educação do eleitorado, além da criação de cartilha de orientação nos moldes do disposto no art. Art. 57-J da Lei das Eleições, que prevê a formulação e a ampla divulgação – para os veículos, partidos e demais entidades interessadas – de regras de boas práticas relativas a campanhas eleitorais na internet.

Às plataformas digitais, há maior responsabilidade de fiscalização e moderação dos conteúdos que nelas circulam. Entretanto, a atual redação da Resolução nº. 23.610/2019 não deixa claro se cabe às plataformas a realização de monitoramento ativo e imediata remoção de conteúdo sintético prejudicial ao processo eleitoral. De acordo com especialistas em direito eleitoral, a exigência de imediata remoção de conteúdo sem citar a necessidade de uma ordem judicial apresenta-se conflitante com o Marco Civil da Internet e a Lei de Eleições (Gomes, 2024).

Há também o risco de uma grande quantidade de falsos positivos no exercício de um monitoramento ativo, com a remoção de conteúdo que se entende ter origem de IA, quando na verdade não é, o que pode ser muito prejudicial para o debate de ideias (Gomes, 2024). Desse modo, importante o aprimoramento de tal exercício, podendo ser feito até mesmo o uso de ferramentas com IA, combinadas com moderação humana, para a identificação e mitigação de conteúdos inverídicos.

3 DO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA E SUAS NORMATIVAS

A UE tem desenvolvido um extenso quadro normativo para regular os espaços digitais, em consonância com as garantias da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, com a recente aprovação das seguintes legislações: i) Regulamento (UE) 2024/1689; ii) Regulamento dos Serviços Digitais (*Digital Services Act* ou DSA) (2022); iii) Regulamento Mercados Digitais (*Digital Market Act* ou DMA) (2022); iv) Regulamento Europeu relativo à Liberdade dos Meios de Comunicação Social (2024); v) Regulamento (UE) 2024/900 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Transparência e o Direcionamento da Propaganda Política (2024); e vi) Diretiva Anti-SLAPP (Ações Judiciais Estratégicas contra a Participação Pública) (2024).

Conforme apontam Michael Adam e Clotilde Hocquard (2023, p. 1), as legislações inserem-se em um contexto de adaptação do quadro legal europeu para melhor endereçar os riscos da IA, incluindo para a democracia, ainda que já existissem algumas regras relacionadas ao uso de ferramentas de IA no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (Regulamento (UE) 2016/679) e no Regulamento (UE) 2018/1725 que estabeleceu uma Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD).

As discussões para aprimoramento do quadro normativo foram institucionalizadas com a criação do grupo de alto nível de especialistas em IA para propor diretrizes éticas em 2018 (Comissão Europeia, 2018). Os trabalhos forneceram subsídios para o anúncio da Proposta

de Regulamentação em IA e para a atualização do Plano Coordenado em IA pela Comissão Europeia, ambos em 2021. A referida Proposta compreendeu o texto inicial do AIA, endereçando os riscos específicos e categorizados do uso da IA, com vistas a construir um "ecossistema de excelência em IA e fortalecer a capacidade da UE em competir globalmente" (Comissão Europeia, 2021a).

A Proposta é lida conjuntamente ao Plano Coordenado em IA, publicado em 2018 e atualizado em 2021, o qual tem por objetivo acelerar o investimento em IA, implementar estratégias e programas, assim como alinhar estratégias para prevenir a fragmentação de políticas na Europa. O Plano é complementado, ainda, pela Comunicação de 2024 sobre o incentivo a startups e inovação em IA confiável, que considera a IA generativa em resposta aos novos desenvolvimentos tecnológicos (Comissão Europeia, 2021b).

Este arcabouço normativo culminou na adoção do Regulamento (EU) 2024/1689, publicado em 12 de julho de 2024 no Jornal Oficial da UE, que entrou em vigor a partir de 01 de agosto de 2024. A nova lei almeja conciliar o desenvolvimento de sistemas seguros e confiáveis de IA, garantindo o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, sem desconsiderar o estímulo ao desenvolvimento e à inovação (Conselho Europeu, 2024).

O Regulamento (EU) 2024/1689 estabelece uma categorização por riscos, a depender do tipo de IA, impondo requisitos regulatórios específicos a depender da categoria, sendo estas por ordem de gravidade: i) risco inaceitável; ii) risco elevado; iii) risco limitado; e iv) risco mínimo. Neste sentido, sistemas que apresentem risco limitado seriam sujeitos a obrigações de transparência específicas, enquanto os sistemas de alto risco deveriam cumprir com uma série de requisitos e obrigações para acessar o mercado europeu (Conselho Europeu, 2024). Já os sistemas relacionados a manipulação cognitivo-comportamental e pontuação social serão banidos por serem considerados de risco inaceitável.

Os sistemas de IA usados para influenciar eleitores em campanhas eleitorais foram classificados como de risco elevado,

conforme define o Considerando nº. 62 do preâmbulo da normativa. O dispositivo excetua da classificação apenas os sistemas de IA cujos resultados não são diretamente visíveis para indivíduos, como aqueles usados para organizar, otimizar e estruturar campanhas políticas sob uma perspectiva administrativa e logística.

O anexo III do regulamento especifica os sistemas de IA categorizados como de risco elevado, dentre os quais se inserem os sistemas concebidos para a administração da justiça e processos democráticos. O referido anexo delimita que os sistemas de IA direcionados para a administração da justiça seriam aqueles utilizados por autoridade judiciária no processo decisório ou na resolução alternativa de litígios, enquanto os sistemas voltados para os processos democráticos seriam utilizados para influenciar o resultado de uma eleição ou referendo ou o comportamento eleitoral de pessoas singulares no exercício do seu direito de voto em eleições ou referendos.

No caso da IA generativa, a normativa exige que o sistema garanta a certificação ou indicação de que o conteúdo foi gerado por IA, assim como dispõe sobre a obrigação de treinamento e design dos sistemas para prevenir a geração de conteúdo ilegal (Adam; Hocquard, 2023, p. 6). Ademais, com vistas a garantir o adequado cumprimento das medidas, estão sendo consolidadas instâncias administrativas na Comissão Europeia para acompanhar a aplicação do regulamento e providenciar expertise técnica aos trabalhos da Comissão.

Válido sublinhar, ainda, o recente Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a Transparência e o Direcionamento da Propaganda Política, aprovado em março de 2024, que apresenta requisitos em matéria de transparência relacionados com técnicas de direcionamento e de distribuição de anúncios no contexto da propaganda política em linha. Especificamente, o artigo 19 do Regulamento dispõe sobre requisitos adicionais e faculta aos responsáveis pelo tratamento a indicação se foram utilizados sistemas de IA no direcionamento ou na distribuição de anúncios de propaganda política.

Outras normativas relevantes, como o Regulamento de Serviços Digitais (DSA), que entrou em vigor em novembro de 2022, e o Regulamento Mercados Digitais (DMA), estabelecem medidas para o controle e responsabilização de grandes plataformas onlines na administração de riscos veiculados em seus sistemas, como a desinformação. Neste contexto, a Comissão Europeia também lançou diversas iniciativas não-legislativas desde 2018 para combater a desinformação. Pode-se citar o Código de Prática em Desinformação, reconhecido sob o Regulamento de Serviços Digitais (DSA), que impulsionou a adoção de parâmetros auto-regulatórios e medidas mais transparentes em relação à propaganda política pela indústria ou plataformas online para mitigação de riscos (Adam; Hocquard, 2023. p. 5).

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O REGULAMENTO (UE) 2024/1689 E A RESOLUÇÃO TSE Nº 23.610/2019

Agora, tendo compreendido mais sobre as alterações na Resolução nº. 23.610/2019 e a resolução da UE, nossos esforços se voltarão a responder a nossa segunda problemática da pesquisa: existem semelhanças e diferenças entre o Regulamento (UE) 2024/1689, do Parlamento Europeu e do Conselho, e a Resolução nº. 23.732/2024, do TSE, sobre o uso de IA nos processos eleitorais? Se sim, quais?

O primeiro dos pontos que nos chamaram a atenção foi a de que o Regulamento (UE) 2024/1689, do Parlamento Europeu e do Conselho da UE, é uma normativa de caráter geral. Não se trata, assim, de uma normativa específica para o uso de IA nos processos eleitorais.

Por sua vez, vimos anteriormente que a Resolução nº. 23.732/2024, do TSE, é uma normativa que alterou a Resolução nº. 23.610/2019, também do TSE, e que dispõe sobre a propaganda eleitoral. Entre as alterações, tivemos a adição de alguns artigos que tratam do uso de IA no processo eleitoral. Assim, apesar de ambas tratarem sobre o uso

de IA e seu potencial danoso, a resolução europeia é mais abrangente e a resolução brasileira é uma normativa mais específica, voltada especialmente ao processo eleitoral.

Essa diferença entre a abrangência das resoluções, somado ao fato de estarmos lidando com sistemas normativos diferentes, deve ser levada em consideração na análise crítica do tema pelo leitor, assim como foi pelos autores do trabalho. Ainda, como abordado anteriormente, temos o conhecimento de outros instrumentos da UE sobre o tema, mas cuida-se, aqui, de um recorte sobre a resolução do TSE e do Regulamento (UE) 2024/1689. Não se trata, assim, de uma comparação entre tudo o que existe sobre a temática no Brasil e na UE. Seria injusto realizarmos comparações sem levarmos esses pontos em consideração.

Os próximos pontos que nos chamaram a atenção estão relacionados com as menções textuais diretas na resolução da UE sobre eleições. Se pesquisarmos na resolução europeia o termo "elei", de modo a abranger as palavras "eleição", "eleições", "eleitoral" e "eleitorais", encontraremos 8 menções. Iremos analisá-las em conjunto com o que seria respectivo, se houver, na resolução do TSE.

Constitui nosso segundo ponto de atenção o fato de que da leitura da resolução europeia notamos que as menções diretas ao uso de IA em processos eleitorais são tímidas, mas ainda relevantes. As três primeiras se encontram no Considerando nº. 62, onde temos a previsão de que "Sistemas de IA" cuja criação tiveram como objetivo serem usados para influenciar resultados de eleições, referendos ou o comportamento de indivíduos relacionados com o exercício do seu voto serão considerados como sendo sistemas de risco elevado.

Para a resolução, em especial o seu artigo 3º, o termo "risco" está associado com a "combinação da probabilidade de ocorrência de danos com a gravidade desses danos" (União Europeia, 2024, p. 46). Já a classificação desse tipo de sistema de IA como sendo de risco elevado encontra fundamento na leitura conjunta do artigo 6º, n.º 2, com o Anexo III. No anexo, é possível encontrarmos a seguinte

redação, similar ao Considerando nº. 62 e onde teremos outras três menções diretas:

> Os sistemas de IA de risco elevado a que se refere o artigo 6.º, n.º 2, são os sistemas de IA incluídos num dos domínios a seguir enumerados: [...] 8. Administração da justiça e processos democráticos: [...] b) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados para influenciar o resultado de uma eleição ou referendo ou o comportamento eleitoral de pessoas singulares no exercício do seu direito de voto em eleições ou referendos. Não estão incluídos os sistemas de IA a cujos resultados as pessoas singulares não estejam diretamente expostas, como as ferramentas utilizadas para organizar, otimizar e estruturar campanhas políticas do ponto de vista administrativo e logístico. (União Europeia, 2024, p. 127 a 129).

No mesmo raciocínio, e como nosso terceiro ponto de atenção, temos que as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral não classificam os sistemas de IA em níveis de risco, como a europeia faz. Tal classificação deve ser realizada no projeto de lei que regulamenta o uso de IA no Brasil e que se encontra em andamento na Comissão Temporária sobre IA (CTIA) do Senado Federal (Agência Senado, 2024).

Contudo, é notável a preocupação da resolução brasileira no uso de IA nesse ambiente de exercício do direito de voto. São exemplos dessa preocupação a escolha do formato de redação normativa adotado nos novos artigos 9º-B e 9º-C e seus respectivos parágrafos.

A redação do caput do art. 9º-B demonstra uma tentativa de abarcar todos os cenários possíveis de utilização de IA na propaganda eleitoral para não só obrigar os responsáveis pelo conteúdo a informarem os destinatários do seu uso naquele material como ainda obriga que esse aviso seja realizado de modo explícito, destacado e acessível. Tudo isso é visível principalmente através da escolha do uso de termos como “em qualquer modalidade” e dos verbos em “criar,

substituir, omitir, mesclar ou alterar a velocidade ou sobrepor imagens ou sons" (Brasil, 2024).

A redação do caput do art. 9º-C vem no mesmo sentido quando, no contexto de fatos inverídicos ou descontextualizados, escolhe utilizar termos como "conteúdo fabricado ou manipulado", "qualquer que seja sua forma ou modalidade" e "com potencial para causar danos" (Brasil, 2024). O último, em especial, nos chama a atenção para a escolha da potencialidade de dano ao invés de lidarmos com situações em que tivemos dano configurado. Afinal, em certas circunstâncias não precisamos esperar que um dano ocorra para conhecer o seu potencial de causá-lo.

Por fim, é visível que os esforços do TSE com a alteração da Resolução nº. 23.610/2019 pela Resolução nº. 23.732/2024 buscaram realizar uma atualização no campo normativo eleitoral de modo a precederem as eleições municipais de 2024. Esta será a primeira experiência e teste de fogo destes dispositivos. É uma tentativa de tornar o processo eleitoral brasileiro um evento democrático mais seguro e atualizado em relação aos últimos avanços tecnológicos.

Também será uma espécie de teste que buscará colher aprendizados para aprimorarmos nosso sistema de justiça e, principalmente, as redações normativas de todos os níveis às eleições gerais de 2026. É necessário estarmos todos atentos e aprendermos com os processos eleitorais de 2024 e dos anos seguintes em todo o mundo para nos prepararmos para 2026.

6 CONCLUSÃO

Em um período de iminentes eleições em diversos países ao longo do próximo anos, assim como de recentes e cada vez mais acelerados avanços da IA, os esforços normativos no Brasil e na UE para regular o uso destas ferramentas é de considerável importância para mitigar os riscos para o processo eleitoral e o exercício do direito ao voto. Embora não seja possível que as normativas ofereçam uma

proteção completa aos riscos que podem ser demonstrados ao longo do período eleitoral, é fornecido um mínimo amparo normativo para que os desafios sejam particularmente endereçados.

Ainda tramita no Congresso brasileiro projeto de lei que pretende dispor sobre o uso geral de IA no país. Apesar disso, visando atender às demandas geradas pelo uso de IA nas eleições municipais de 2024, o TSE apresenta dispositivos importantes no que se refere à ferramenta e sua relação com a propaganda eleitoral. Contudo, ainda insuficientes. A insuficiência jurisprudencial e a falta de conhecimento tecnológico são fatores que dificultam a adoção de parâmetros, mas que poderão ser aprimorados com o passar do tempo.

Quanto à nossa segunda problemática, sobre as breves semelhanças e diferenças entre o regulamento e a resolução, podemos observar, a partir da análise, a diferença de suas abrangências e propósitos. A regulação europeia busca garantir melhores condições para o desenvolvimento e utilização da IA, estabelecendo procedimentos detalhados e classificando os sistemas em níveis de risco. Contudo, é tímida em relação a detalhar sobre o seu uso no processo eleitoral.

A resolução do TSE, por sua vez, se concentra no cenário da utilização de IA no processo eleitoral. É uma resolução que chega antes das eleições municipais de 2024 e receberá seu primeiro "teste de fogo", cujo desempenho será avaliado para garantirmos maior segurança nas eleições gerais de 2026.

Neste contexto, as normativas analisadas permitem compreender o cenário ainda em construção da regulação interseccional entre IA e processo eleitoral, que deve receber inputs a partir da experiência dos países de suas jurisdições após as novas eleições ao longo do próximo ano. Desta forma, poderão ser identificados novos desafios e desenvolvidas novas ferramentas a longo prazo, com vistas a melhor atender à configuração dos riscos e impactos da IA no processo eleitoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAM, Michael. HOCQUARD, Clotilde. **Artificial intelligence, democracy and elections. European Parliamentary Research Service**, publicado em out. 2023.

AGÊNCIA SENADO. Comissão pode votar regulação da inteligência artificial nesta terça. Portal Senado Notícias, da Agência Senado. Brasília, publicado em 8 de jul. 2024.

BAPTISTA, Rodrigo. Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado. **Senado Notícias.** Publicado em 12 dez. 2019.

BARBI, Henrique. Mais de 70% dos brasileiros veem necessidade de normas para inteligência artificial, aponta pesquisa. **O Globo.** Rio de Janeiro, publicado em 25 jun. 2024.

BARBOSA, Leonardo Figueiredo; PINHEIRO, Caroline da Rosa. Inteligência artificial no Brasil: avanços regulatórios. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 11-41, out./dez. 2023.

BARBON, Júlia. Índice de popularidade digital mostra correlação entre rede social e voto. Folha de São Paulo. Rio de Janeiro, publicado em 12 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol. **Revista Direito e Práxis.** Rio de Janeiro, publicado em 18 jun. 2024.

BINDER, Matt. Kamala Harris deepfakes are going viral on TikTok and Elon Musk's X. **Mashable.** Publicado em: 23 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº. 23.732**. Altera a Res.-TSE nº. 23.610, de 18 de dezembro de 2019, dispondo sobre a propaganda eleitoral. Publicado no DJE-TSE, nº. 29, de 4 mar. 2024, p. 132-145.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission appoints expert group on AI and launches European AI Alliance. Publicado em 14 jun. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (2021a). Publicado em 21 abr. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. The European Union's Artificial Intelligence (AI) policy and plans (2021b). Publicação atualizada pela última vez em 1 ago. 2024.

CONSELHO EUROPEU. Artificial Intelligence (AI) Act: Council gives final green light to the first worldwide rules on AI (2024). Publicado em 21 mai. 2024.

DAL PIVA, Juliana. Eleições: IA já foi julgada irregular em 32% dos processos. **ICL Notícias.** Publicado em: 12 ago. 2024.

DESINFORMANTE. Atingidas pela desinformação: Manuela d'Ávila. Desinformante. Publicado em 30 set. 2022.

ESTADÃO. Estadão lança a Leia, robô de inteligência artificial que usa conteúdos do jornal para tirar dúvidas. **Estadão.** Publicado em 25 out. 2023.

FEBRABAN. Maioria dos brasileiros quer punição severa para candidatos que utilizam Fake News. **FEBRABAN.** Publicado em 30 jul. 2024.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral** - 18. ed. - Barueri/SP: Atlas, 2022.

GOMES, Luciani. Inteligência artificial: as dificuldades para identificar imagens falsas nas eleições. **BBC**. Londres, publicado em 31 mai. 2024.

GULLINO, Daniel. Justiça traça primeiros limites ao uso de inteligência artificial nas eleições municipais e pune deepfakes. **O Globo.** Publicado em 15 jul. 2024.

HAVENSTEIN, Heather. **Spring comes to AI winter**. Computer World, publicado em 14 fev. 2005.

KAUFMAN, Dora. **Consumo de energia e emissão de CO2 dos algoritmos de inteligência artificial: como evitar uma catástrofe climática**. Portal Época Negócios, publicado em 18 dez. 2020.

KAUFMAN, Dora. **Inteligência artificial não é inteligente nem artificial**. Portal Época Negócios, publicado em 14 mai. 2021.

LAPORTA, Taís. Google: uso de IA no Brasil foi maior que média global no último ano. **Infomoney.** Publicado em 16 abr. 2024.

LEHMANN-JACOBSEN, Emilie. Former general turned social media darling leads in elections in Indonesia. **International Media Support (IMS).** Publicado em 9 fev. 2024.

LEMOS, Ronaldo. Inteligência artificial compete com humanos por água. Portal do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio, publicado em 16 jul. 2024.

MCCARTHY, John; MINSKY, M. L.; ROCHESTER, N.; SHANNON, C. E. **A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence.** Publicado em 31 ago. 1955.

NEWMAN, Nic; FLETCHER, Richard; ROBERTSON, Craig T.; ARGUEDAS, Amy Ross; NIELSEN, Rasmus Kleis. Reuters Institute Digital News Report 2024. **Reuters Institute for the Study of Journalism.**

NIKOS-ROSE, Karen. Why do we watch so much negative TV? To combat life's stress, study suggests. **UC Davis.** Publicado em 23 jun. 2023.

OECD. **Artificial intelligence in society**. Paris: OECD Publishing, 2019.

O GLOBO. Apoiadores de Trump criam imagens falsas com IA para atrair eleitores negros nas eleições nos EUA, diz BBC. **O Globo.** Publicado em 4 mar. 2024.

RESENDE, Leandro. Quase metade dos brasileiros que usam internet não checam se informações são verdadeiras, diz pesquisa. **CNN Brasil.** São Paulo, publicado em 17 mai. 2023.

SILVESTRE, Paulo. Inteligência artificial pode ampliar abismo social no Brasil. Estadão. Publicado em 29 jul. 2024.

SOARES, Matheus. ELEIÇÕES 2024: Falta da regulação de IA dificulta decisões da Justiça sobre deepfakes. **Desinformante**. Publicado em 8 ago. 2024.

SWENSON, Ali; WEISSERT, Will. New Hampshire investigating fake Biden robocall meant to discourage voters ahead of primary. **Associated Press News.** Publicado em 23 jan. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA. Eleições pelo mundo: ao menos 66 países e União Europeia vão às urnas em 2024. **Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.** Publicado em 15 jul. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Regulamento (UE) 2024/1689**. Cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos (CE) n.o 300/2008, (UE) n.o 167/2013, (UE) n.o 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e

(UE) 2020/1828 (Regulamento da Inteligência Artificial). Jornal Oficial da União Europeia, 13 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2024/1069 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de abril de 2024, relativa à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos («ações judiciais estratégicas contra a participação pública»).

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais).

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais).

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2024/1083 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de abril de 2024, que cria um regime comum para os serviços de comunicação social no mercado interno e que altera a Diretiva 2010/13/UE (Regulamento Europeu relativo à Liberdade dos Meios de Comunicação Social).

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2024/900 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de março de 2024, sobre a transparência e o direcionamento da propaganda política.

O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DA COMUNICAÇÃO DIGITAL: VIGILÂNCIA PRIVADA E REGULAMENTAÇÃO DAS MÍDIAS DIGITAIS

THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF EXPRESSION IN THE DIGITAL COMMUNICATION ERA: PRIVATE SURVEILLANCE AND REGULATION OF THE DIGITAL MEDIA

Artur Marchioni[188]

Resumo: A estrutura de comunicação pelas mídias digitais vem sendo apontada como um dos fatores que, por meio da disseminação de conteúdos como *fake news* e discurso de ódio, resultam no enviesamento e fragmentação o debate público nas democracias contemporâneas. Neste artigo, busca-se compreender aspectos sobre a comunicação digital e sua interferência na formação da opinião pública e as implicações do capitalismo de vigilância sobre a democracia contemporânea. Em um segundo momento, discorre-se sobre o princípio constitucional da liberdade de expressão no contexto da sociedade de vigilância. Por fim, recorre-se à aplicação do método de mapeamento de arranjos jurídico-institucionais para avaliar as razões e o impacto da isenção de responsabilidade das plataformas sobre o conteúdo postado por terceiros (art. 19 do Marco Civil da Internet) na crise democrática contemporânea. Conclui-se que desde o final dos anos 2010 há uma tendência, normativa e jurisdicional, de regulamentação da comunicação pelas mídias digitais.

Palavras-chave: *Fake News*; Discurso de Ódio; Capitalismo de Vigilância; Liberdade de Expressão; Plataformas Digitais.

188 Artur Marchioni, Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho- Câmpus de Franca e Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no curso de Direito do Instituto Taquaritinguense de Ensino Superior. Email: artur.marchioni@unesp.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2661387888878655.

Abstract: The communication structure through digital media has been identified as one of the factors that, by disseminating content such as fake news and hate speech, results in the bias and fragmentation of public debate in contemporary democracies. This article aims to understand aspects of digital communication and its interference in the formation of public opinion, as well as the implications of surveillance capitalism on contemporary democracy. In a second part, the constitutional principle of freedom of expression is discussed in the context of a surveillance society. Finally, the article employs the method of mapping legal-institutional arrangements to evaluate the reasons for and impact of the exemption of platform liability for third-party content (Article 19 of the Brazil's Internet Bill of Rights) in the contemporary democratic crisis. It concludes that since the late 2010s, there has been a normative and jurisdictional trend toward the regulation of communication through digital media.

Keywords: Fake News; Hate Speech; Surveillance Capitalism; Freedom of Expression; Digital Platforms.

1 INTRODUÇÃO

O tema crise da democracia ganhou especial relevo ao longo dos anos 2010 e 2020, notadamente em função da eleição de líderes autoritários e retrocessos em conquistas políticas de inclusão e igualdade. Concomitantemente ao processo de recrudescimento das relações socioculturais e econômicas, que implicam em processos de desestabilização democrática, há uma rápida ascensão e estabelecimento de mídias digitais que modificam o panorama da comunicação social, tanto através de características próprias do acesso às mídias, sejam redes sociais, mecanismos de busca, agregadores de vídeos, serviços de mensageria, entre outros aplicativos, que geram por si só um processo de segmentação no acesso a conteúdo, que passa a ser exercido individualmente, por meio de *smartphones* ou computadores de uso pessoal, quanto por meio da arquitetura e

modelo de negócio das plataformas digitais, que atuam na captação de dados dos usuários para direcionamento de conteúdo.

Se na estrutura comunicacional pautada nas mídias de massa tradicionais, notadamente a televisão, a lógica da produção de conteúdo visava uma massa homogênea ou homogeneizável, a tônica da estrutura da comunicação digital é, ao contrário, a produção de conteúdos específicos para grupos de usuários distintos, retirando a necessidade de a comunicação social realizada por meio das mídias de massa orbitem em torno de assuntos de interesse comum.

Ademais, os próprios usuários podem elaborar e compartilhar conteúdo, bem como estabelecer redes de conexão uns com os outros, de acordo com interesses em comum. Essa nova possibilidade de interação por meio das mídias digitais, somadas à produção sistemática e deliberada de conteúdos com o objetivo de influenciar o debate público, através dos dados dos próprios usuários captados pelas mídias digitais e empresas que atuam nos bastidores, criam um ambiente propício para que sentimentos, desejos e medos íntimos sejam arregimentados para influenciar o debate público, resultando em uma estrutura comunicacional midiática pautada na chamada psicopolítica dado-pulsional (Han, 2022).

Se até o desvelamento do caso *Cambridge Analytica* e a influência da empresa sobre as eleições dos Estados Unidos de 2016 e a votação do *Brexit*, a *internet* e as mídias digitais eram eivadas de uma espécie de crença sobre a criação de um espaço plenamente democrático, uma verdadeira ágora digital em que todos poderiam debater em condições de igualdade, enquanto a exacerbação dos princípios democráticos, em especial da liberdade de expressão, resultando em uma série de normativas mundo afora que isentavam as plataformas de responsabilização sobre os conteúdos veiculados, no Brasil consubstanciada no art. 19 do Marco Civil da Internet, o reconhecimento crescente sobre a estrutura de vigilância digital no final dos anos 2010 e início dos anos 2020 tem resultado em uma nova perspectiva, menos idealista, que admite a possibilidade do uso destas poderosas ferramentas de comunicação social para influenciar

o debate público, decorrendo na necessidade de regulamentar a comunicação digital.

Assim, este artigo parte da hipótese de que o desconhecimento, tanto científico quanto social, do funcionamento dos mecanismos de disseminação e direcionamento de conteúdos pelas mídias digitais, especialmente as redes sociais, decorrente da complexidade e obscuridade dos algoritmos das plataformas, resultou na elaboração de normas que, tendo em vista a proteção da liberdade de expressão nas mídias digitais, promoveram a inércia, especialmente por parte das plataformas, no enfrentamento a conteúdos perniciosos, como desinformação e discurso de ódio. Nesse sentido, no Brasil, o Marco Civil da Internet, vigente desde o ano de 2014, carece de mecanismos de responsabilização das plataformas digitais ou publicidade quanto à disseminação de conteúdos pelas mídias digitais, limitando ou até mesmo impedindo medidas eficazes e transparentes de governança da comunicação digital.

Adotou-se, para avaliar esta hipótese, o método de mapeamento de arranjos jurídico-institucionais (Bucci; Gaspardo, 2024). O método parte da identificação de que as instituições moldam comportamentos e regulam expectativas dos atores sociais envolvidos, no caso da comunicação digital, especialmente o governo, a sociedade civil, as plataformas digitais, os usuários e o Judiciário.

Este artigo está organizado da seguinte forma: inicia-se discutindo a estrutura econômica e social da comunicação por meio das tecnologias de informação e comunicação digitais na sociedade contemporânea. Na sequência, observa-se a dinâmica da disseminação de conteúdos nas mídias digitais, identificando-se que esta produz uma segmentação dos usuários. A partir de então, busca-se delimitar o papel dos algoritmos e da chamada vigilância privada sobre o conteúdo veiculado pelas mídias digitais, e suas implicações para a liberdade de expressão. Por fim, é feita uma abordagem sobre o reconhecimento, desde o final dos anos 2010, de que as mídias digitais carecem de maior transparência para a proteção da liberdade

de expressão e, por consequência, do debate público democrático na sociedade contemporânea.

2 A INSERÇÃO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DIGITAIS

As mídias digitais são caracterizadas por serem mídias de massa, uma vez que atingem parcela significativa da população (e potencialmente a totalidade da população mundial), porém diferem profundamente de mídias de massa tradicional, como a televisão, rádio e jornal, especialmente por três aspectos: 1) a maior participação dos usuários na produção, compartilhamento e acesso de conteúdo que possibilita, entre outras coisas, a segmentação dos usuários de acordo com temas de interesse em comum; 2) a convergência de diversos formatos de comunicação midiática, como materiais em áudio, audiovisuais, escritos, fotos, jogos, entre outros, em um mesmo ponto de acesso; e 3) a convergência de diversas esferas da vida cotidiana em uma mesma mídia, como o trabalho, as conexões pessoais, informações, entretenimento, serviços públicos, política e religião, resultando em um processo de concentração de diversas fontes de envolvimento cognitivo e sensorial, de forma que interações muito distintas passam a ser processadas pelo mesmo padrão de comunicação simbólica (Castells, 2011, p. XI-XIII).

Trata-se, assim, um processo de autocomunicação de massa, caracterizado pela segmentação de usuários, e o surgimento da cultura da virtualidade real, em que a comunicação mediada pelo mundo digital passa a fazer cada vez mais parte do cotidiano, em uma espécie de conectividade perpétua (Castells, 2011, p. XIV-XVI), de forma que a virtualidade passa a ser uma dimensão fundamental da realidade e a rede de conexões que os indivíduos estabelecem por meio das mídias digitais passa a integrar a forma como apreendemos a realidade (Marichal, 2016, p. 1).

As redes sociais alcançam parcela significativa da população global. A rede *Facebook*, por exemplo, atingiu a marca de 3 bilhões de usuários mensais, ou seja, que acessam a plataforma pelo menos uma vez por mês, em 2023. No Brasil, cerca de 109 milhões de pessoas utilizam a plataforma mensalmente (Lungui, 2023). Da mesma forma, as redes sociais são apontadas pelos usuários, segundo pesquisa do Instituto DataSenado de 2019, como muito importantes para a tomada de decisão política. Nesse sentido, cerca de 45% dos entrevistados alegaram ter decidido o voto nas eleições de 2018 através de informações recebidas por meio de redes sociais, enquanto 83% disseram acreditar que as redes sociais influenciam muito a opinião política das pessoas (Baptista, 2019).

A rede de conexão das mídias sociais é constituída pelo próprio usuário e composta tanto por conhecidos da vida *offline* quanto amigos *online*, calcada em um viés de seletividade. Disso decorre que, na comunicação por meio das redes sociais, o usuário tende a se expressar para um grupo selecionado, em busca de conexão e socialização, notadamente entre pares ideologicamente semelhantes. Há a tendência, desta forma, de que os usuários procurem se expressar de acordo com a aceitação do público a que permite acesso (Marichal, 2016, p. 6-9), de maneira que o comportamento dos usuários nas redes sociais é marcado "pela criação de um espaço pessoal dedicado a expressar uma imagem de si a uma rede de amigos selecionada, em busca de validação" (Marchioni, 2023, p. 41), procurando se expor de maneira positiva, evitando refletir sobre si, e retirando a espontaneidade das relações não mediadas.

As redes sociais são, assim, espaços paradoxalmente públicos e privados, uma vez que permitem, ao mesmo tempo, a partição em espaços livres, com liberdade de expressão e busca de informação, porém esta participação é filtrada pelos próprios usuários. Ademais, são espaços de propriedade de empresas privadas com interesses próprios, que se utilizam de *softwares* e algoritmos para administrar e regular esses espaços. Assim, são espaços permeados tanto pela liberdade de expressão e privacidade, enquanto garantias individuais,

quanto pelo interesse público (Bucci, 2021, p. 96-100), em razão do volume e impacto das comunicações que se constituem nesses ambientes.

Através deste padrão comportamental que surge das relações estabelecidas no meio digital, especialmente pelas redes sociais, não há espaço para o exercício dialético, ou seja, a reflexão e o ouvir ao outro, que resulta em pequenos espaços de autopropaganda que reverbera dentro de grupos específicos, chamados de filtros-bolha ou câmaras-de-eco, que gera um ciclo de *looping*-do-eu, ou seja, de forma que os temas discutidos nas mídias digitais estão limitados ao horizonte do próprio sujeito. Nesse panorama, abre-se o espaço para o uso dos algoritmos das plataformas digitais enquanto um reforço desta comunicação segmentada, buscando influenciar a opinião dos indivíduos em diversas esferas, desde o incentivo ao consumo até votações políticas (Han, 2022, p. 49-53).

Esse ambiente é propício à veiculação de *fake news*, discurso de ódio, teorias da conspiração e *memes* que corroboram a perspectiva dos usuários e se propagam de maneira viral e irrefletida, uma vez que não há o confronto de ideias, ou seja, a participação do outro (ainda que existam outros, são majoritariamente pares ideologicamente semelhantes), resultando em uma lógica pautada em uma espécie de "verdade sentida", com fulcro na maneira como os usuários das mídias digitais se sentem em relação àquele conteúdo que está sendo veiculado.

Não se estabelece, assim, uma visão de "mundo em comum", necessária à democracia, mas ocorre um processo de desfactualização que resulta, por sua vez, em um processo de tribalização dos usuários (Han, 2022, p. 40-46; 81-88). Nesse processo, a informação veiculada pela rede instituída entre os sujeitos é entendida enquanto verdadeira, uma vez que coaduna com as perspectivas de mundo do usuário, enquanto passa a questionar a veracidade de conteúdos externos à rede ou que não condizem com seus sentimentos, agudizando o processo de perda das capacidades cívicas (Dourado, 2020, p. 100-102).

2.1 A DINÂMICA DOS CONTEÚDOS NAS MÍDIAS DIGITAIS

A forma como os conteúdos circulam por meio das mídias digitais deriva, portanto, da soma das escolhas dos usuários ao interagirem entre si com a atuação de algoritmos, produzidos pelas empresas de tecnologia, que dão forma aos aplicativos utilizados pelos usuários e atuam no direcionamento de conteúdo, de acordo com os dados levantados sobre os usuários. Assim, plataformas como o *Facebook* e o *Google* elaboram algoritmos que utilizam os dados de interação do usuário, como tipo de conteúdo que ele interage ou assiste, ou a popularidade de uma determinada publicação, entre diversos outros dados, para direcionar os conteúdos que serão apresentados para cada usuário individualmente, exercendo uma espécie de curadoria, impactando na forma como o conteúdo é disseminado digitalmente (Dourado, 2020, p. 62-66).

Quando observada a forma como os conteúdos veiculam pelas mídias digitais, assim, torna-se claro que o processo de produção e disseminação de materiais passa pela atuação de diversos agentes, que incluem tanto os usuários que efetivamente confiam na veracidade e concordam com aquele conteúdo, optando por postar ou compartilhar, quanto de publicitários e agentes de *marketing* cuja finalidade é influenciar determinados comportamentos (Amato; Saba; Loschiavo Leme de Barros, 2022, p. 542-544).

O que diferencia e caracteriza o fenômeno da comunicação por meio das mídias digitais, portanto, em relação a outras mídias de massa, e que representa um dos principais desafios que se apresentam e apresentarão à Democracia desde os anos 2010, é uma espécie de "poluição" na produção e veiculação de conteúdos pelas mídias digitais, que deriva de novas técnicas de disseminação de conteúdo, bem como de um complexo emaranhado de interesses em criar, disseminar e consumir tais conteúdos, calcado em um panorama de ampliada velocidade nas comunicações, em que cada *post* tem cada vez menos relevância, compondo murais infindáveis de informações

e comunicações efêmeras pelas mídias digitais (Wardle; Derakhshan, 2017, p. 4).

2.2 A SEGMENTAÇÃO DOS USUÁRIOS

A produção e veiculação de conteúdos nas mídias digitais, assim, passa pela capacidade dos próprios usuários interagirem, por meio de publicações ou reações a outras publicações, milhões de vezes nas redes. Tendo em vista o infindável volume de conteúdos publicados diariamente, a forma como estes são apresentados aos usuários, por meio de algoritmos de hierarquização, implica em uma profunda concentração da capacidade de direcionar tais conteúdos e, assim, pautar o debate público, nas mãos das *big techs* (Hartmann, 2020, p. 3-4; Vesting, 2019, p. 202-203).

Os temas que são veiculados nas mídias digitais, portanto, seja a partir da atuação profissional ou orgânica, passam a pautar o debate público, estruturando tanto "o que" quanto "como" as discussões políticas se estruturam. Se o funcionamento dos algoritmos das mídias digitais está voltado para incentivar maior participação nas plataformas, esta espécie de curadoria não está vinculada a critérios de éticos jornalísticos ou normas de responsabilização voltadas à mídia tradicional, mas sim à maior "compartilhabilidade" do conteúdo, ou seja, o potencial do material viralizar e gerar reações (Dourado, 2020, p. 76-82).

Os conteúdos que ganham maior visibilidade nas mídias digitais, portanto, são aqueles que geram mais opiniões, sejam pró ou contra, conferindo capital midiático ao tema, que pode ser arregimentado pelos atores sociais atuantes em determinada pauta (Sponholz, 2021, p. 227-228; Horbach, 2022, p. 190-192).

Desta forma, em suma, a estrutura da veiculação de conteúdos nas mídias digitais é o resultado da soma de três fatores: 1) as interações entre os usuários; 2) os conteúdos em si que são veiculados; 3) elementos técnicos, como os algoritmos de hierarquização. O

resultado da interação entre tais fatores é a formação de "objetos digitais", composto pelo: a) objeto midiático, que é o conteúdo em si, que pode variar de forma, como fotos, vídeos, *gifs* ou *memes*; b) o objeto de conexão, que é a soma da ação humana com a estrutura técnica da plataforma, como mecânicas de "fazer amizades" *online* ou *hashtags*, que privilegiam a exposição de determinados materiais; c) o objeto fático, ou seja, as relações entre usuários, estabelecidas pela interação por meio dos objetos de conexão, fornecendo informações sobre os atores e a comunicação dos grupos nas redes para fortalecer conexões e, consequentemente, gerar mais engajamento (Sponholz, 2021, p. 232-233).

Assim, uma das principais estratégias adotadas por produtores de conteúdo com a intenção de influenciar no debate público é pauta em características psicológicas e sociais, de forma que os conteúdos produzidos buscam gerar reação emocional, através de um forte componente visual, que são dotadas de uma narrativa forte, sendo publicado e compartilhado repetidamente nas mídias digitais (Wardle; Derakhshan, 2017, p. 38-41).

Portanto, questões técnicas, em especial o funcionamento dos algoritmos das mídias digitais, são fundamentais para compreender o debate público contemporâneo, tanto no que diz respeito aos temas que são pautados, como no comportamento dos grupos de usuários que se formam em torno de redes de comunicação.

Ocorre que tais algoritmos são tecnologias de propriedade de empresas privadas, as *big techs*. Através de um véu de inescrutabilidade técnica, ou seja, da alegação de que tais algoritmos constituem o próprio funcionamento das mídias e, portanto, são protegidas por segredo empresarial, além da complexidade inerente a tais programas, a maneira como os conteúdos são distribuídos e pautam o debate público se furta ao reconhecimento democrático, ou seja, não se torna claro para o público qual é, efetivamente, o papel desempenhado por estas estruturas tecnológicas. Essa opacidade do sistema gera a possibilidade de ocultar-se vieses discriminatórios,

práticas anticompetitivas e condutas negligentes, favorecendo agentes cujo objetivo é manipular o debate público (Pasquale, 2017, p. 7-11).

3 ASPECTOS JURÍDICOS: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A atividade das *big techs*, ao utilizar algoritmos e inteligência artificial para direcionar conteúdos, é uma nova espécie de vigilância latente na sociedade contemporânea, que é eminentemente privada. Todavia, a estrutura jurídico-institucional, voltada à proteção da democracia e aos direitos fundamentais individuais, calcada em normas constitucionais, é historicamente derivada da percepção do risco de vigilância e censura decorrente da atividade estatal. Ou seja, os princípios constitucionais, notadamente a liberdade de expressão, se desenvolvem histórico-doutrinariamente tendo em vista o poder do Estado de cercear a liberdade dos indivíduos (Balkin, 2018, p. 1151-1152).

Nos anos 2020, entretanto, estamos diante de um novo panorama, em que empresas de tecnologia são tão (ou até mesmo mais) capazes de estabelecer mecanismos de vigilância sobre os seus usuários, em estruturas que superam fronteiras estatais, de abrangência multinacional (Balkin, 2018, p. 1151-1152), de maneira que, com o mesmo objetivo de proteger os cidadãos e a comunidade da vigilância e censura, torna-se necessário ter em vista essa nova forma de vigilância sem que, entretanto, se renuncie à preocupação com a vigilância estatal.

As *big techs*, através dos algoritmos, portanto, exercem diariamente, e em todas as interações que ocorrem em suas plataformas, uma espécie de governança privada dos discursos. Assim, se por um lado, de fato, os conteúdos postados nas mídias digitais têm como produtores, em grande parte das vezes, os próprios usuários, com suas crenças e liberdade de vontade e opinião, que se instrumentalizam pelo princípio democrático da liberdade de expressão, por outro o

poder de influenciar decisivamente a maneira como os conteúdos são veiculados, manipulando e moldando o debate público por meio do uso de dados e algoritmos, que está concentrada nas *big techs*, não deve ser protegida pela concepção tradicional da liberdade de expressão (Balkin, 2018, p. 1153-1154).

Assim, a opacidade dos algoritmos que determinam a veiculação de conteúdos nas mídias digitais, protegidos por segredos empresariais, torna inviável a possibilidade de auditoria e a adequada compreensão quanto aos impactos de interesses ilegítimos, como máquinas de produção de conteúdo vexatório contra determinado sujeito ou de desinformação, no debate público contemporâneo. Proteger sob o véu da liberdade de expressão a estrutura de captação de dados dos usuários e o *microtargeting*, assim, significa proteger o direito de organizações com maior capacidade econômica ou organizacional contratar os melhores programadores ou técnicos em *marketing* para influenciar o debate público, conferindo proteção estatal a empresas que, pela sua envergadura, por vezes cooptam e subordinam o próprio Estado (Pasquale, 2017, p. 9-10).

Decorre, portanto, que pela sensibilidade dos dados pessoais, mediante a proteção à liberdade de expressão, especialmente da autonomia de vontade, a relação assimétrica entre *big techs* e usuários não apenas pode, como deve, ser regulamentada para proteger a parte hipossuficiente, neste caso os usuários/cidadãos. Assim, depreende-se que as plataformas digitais, ao ter seu modelo de negócio pautado nos dados dos usuários, têm um dever de cuidado sobre a forma como tais informações serão utilizadas. Ou seja, mediante a economia da governança privada dos discursos, normas de fiscalização, transparência e moderação da atuação das *big techs*, com a finalidade de restringir a veiculação de determinados conteúdos como discurso de ódio e desinformação, ou limitar o alcance de agentes que pretendam, ilegitimamente, influenciar o debate público, são uma decorrência jurídico-institucional do princípio constitucional da liberdade de expressão, reinterpretado à luz das novas tecnologias de comunicação.

Ademais, é preciso destacar que os princípios constitucionais cumprem papéis específicos na consecução do Estado Democrático de Direito, e não são absolutos, mas sopesados por outros princípios e garantias necessários à realização democrática, bem como podem ser onerados. Nesse sentido, a Convenção Europeia de Direitos do Homem traz uma série de limitações à liberdade de expressão, destacando no parágrafo segundo do Artigo 10 que se trata de uma liberdade onerada de deveres e responsabilidade, com formalidades, condições, restrições e penalidades descritas pela lei, tendo em vista a promoção democrática, a segurança nacional, a integridade territorial, a segurança pública, prevenção da desordem e do crime, proteção à saúde e a moral, da reputação e dos direitos de terceiros, proteger informações privadas e confidenciais e garantir a autoridade e imparcialidade do Judiciário (Horbach, 2022, p. 197).

Na Europa, neste sentido, foram aprovadas recentemente normas procedimentais voltadas à comunicação digital com a finalidade de enfrentar a desinformação e discurso de ódio nas mídias digitais, tendo em vista as especificidades do novo panorama comunicacional. Nesse sentido, tanto a lei alemã conhecida como *NetzDG* quanto o *Digital Services Act*, aprovado na União Europeia, estabelecem mecanismos de notificação e exclusão de conteúdos nas plataformas digitais, voltados a *fake news*, discurso de ódio e conteúdos evidentemente ilegais veiculados nestas mídias. Para tanto, são estabelecidos procedimentos, como a indisponibilização temporária dos conteúdos, e prazos para verificação da (ir)regularidade, que variam de 24 horas a até 7 dias, para que as plataformas tomem uma decisão sobre o tema (Horbach, 2022, p. 197-198).

A Constituição Federal de 1988 comporta, no mesmo sentido, limitações ao princípio da liberdade de expressão. Assim, ao estabelecer em seu art. 5º, IV e IX, o direito de manifestação de pensamento, vedando a censura e a necessidade de autorização prévia, o texto constitucional também estabelece que é vedado o anonimado. Essa previsão constitucional coaduna com a estrutura da comunicação midiática vigente à época da Constituição, pautada

nas mídias de massa tradicionais, em especial a televisão, em que os conteúdos eram veiculados principalmente por meio de produções jornalísticas, ou seja, pautados em normas procedimentais e éticas. Ou seja, a vedação ao anonimato é um mecanismo constitucional voltado a garantir a possibilidade de responsabilização pelas manifestações, que podem ser objeto reflexos civis e penais. Desta forma, trata-se de um dever de "identificabilidade" *a posteriori* daquele que viole direitos de terceiros, como direitos de personalidade dispostos no inciso X do art. 5º da Constituição (privacidade, intimidade, honra e imagem), bem como garantir ao ofendido o direito de resposta ou indenização por dano material ou à imagem, conforme prevê o inciso V do mesmo artigo (Maranhão; Campos, 2019, p. 327-328).

Ou seja, a Constituição Federal de 1988 dispõe não apenas limitações para o princípio da liberdade de expressão, sopesados com outros princípios e garantias fundamentais, como estabelece medidas para viabilizar, tendo em vista o panorama comunicacional pautado nas mídias de massa tradicionais, a responsabilização daqueles que infrinjam os limites da liberdade de expressão. Assim, do sistema dogmático-constitucional brasileiro depreende-se que há a possibilidade de instituir mecanismos legais que sopesem a liberdade de expressão com outros princípios fundamentais democráticos, tendo em vista a proteção da própria democracia e das garantias individuais. A liberdade irrestrita implicaria, paradoxalmente, em prejuízos à liberdade no panorama comunicacional das mídias digitais, pautado no amplo volume de conteúdos veiculados diariamente, que geram uma desordem da informação e comunicação, na formação de câmaras-de-eco e filtros-bolha e na atuação de algoritmos e inteligências artificiais que manipulam o debate público.

4 A DIMENSÃO NORMATIVA DA COMUNICAÇÃO DIGITAL

Tendo em vista o processo de reconhecimento da nova realidade de vigilância privada que se torna possível pela análise de dados e

metadados dos usuários das mídias digitais, este artigo se propõe a compreender o quadro do desenvolvimento normativo/jurisdicional da proteção à liberdade de expressão sob a égide do Marco Civil da Internet no Brasil.

4.1 SOBRE O MÉTODO

O Marco Civil da Internet demarca o início do recorte temporal da análise documental deste artigo, tendo em vista se tratar do principal documento jurídico que versa sobre a comunicação pelas mídias digitais no Brasil, entendido enquanto um ponto de inflexão na disciplina normativa sobre o tema.

Sob a égide deste marco normativo, torna-se possível analisar a trajetória do quadro normativo no Brasil que, a despeito de não ter passado por reforma legislativa, movimenta: 1) os poderes públicos, por meio dos debates sobre a responsabilização das plataformas digitais sobre o conteúdo postado por terceiros no Congresso Nacional, quanto pelo enfrentamento caso-a-caso e sistemático adotado pelo Judiciário, tanto na discussão quanto à constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, quanto pelas medidas tomadas pelos Programas de Enfrentamento à Desinformação capitaneados pelo Tribunal Superior Eleitoral; bem como os 2) agentes privados, notadamente organizações da sociedade civil, usuários e das plataformas digitais, tanto na governança privada exercida pelas plataformas, quanto pela própria participação nos debates formais, no Congresso, Executivo e Judiciário, ou informais.

Assim, nesta pesquisa foram realizadas as seguintes etapas do método de mapeamento de arranjos jurídico-institucionais: 1) periodização, identificando-se duas conjunturas críticas sobre a regulamentação da comunicação digital, especialmente a responsabilização das plataformas digitais sobre o conteúdo postado por terceiros: o Caso Snowden, que impulsionou a aprovação do Marco Civil da Internet e o escândalo da Cambridge Analytica, que resultou

em medidas como o Programa de Enfrentamento à Desinformação do Tribunal Superior Eleitoral; 2) seleção e descrição do arranjo jurídico-institucional, tendo como principal fonte normativa o Marco Civil da Internet, além do Programa do TSE e debates legislativos no Congresso Nacional; 3) quanto à documentação jurídica foi analisado especialmente o art. 19 do Marco Civil da Internet e sua tramitação e documentos normativos do Programa de Enfrentamento à Desinformação do TSE; 4) a partir da participação em audiências públicas e debates tanto durante a tramitação do Marco Civil da Internet quanto de projetos de lei sobre a responsabilização das plataformas digitais sobre o conteúdo postado por terceiros, bem como nos Programas geridos pelo TSE, buscou-se identificar os atores políticos envolvidos na normatização do tema, destacando-se as próprias plataformas digitais, associações da sociedade civil, veículos de comunicação social, entre outros.

A partir da descrição do arranjo jurídico-institucional e do levantamento dos documentos pertinentes, foi possível realizar análise das 5) motivações, efeitos esperados e efeitos obtidos da previsão de isenção de responsabilidade das plataformas digitais sobre o conteúdo postado por terceiros nas mídias digitais.

4.2 O CASO SNOWDEN E O MARCO CIVIL DA INTERNET

No Brasil, o Marco Civil da Internet é o principal documento legal que regulamenta as relações derivadas da comunicação digital, notadamente aquelas estabelecidas entre o Poder Público, as empresas de tecnologia e os usuários. No início dos anos 2010, a popularidade das mídias digitais, especialmente das redes sociais, era crescente, enquanto a compreensão sobre o funcionamento dos algoritmos que regem as plataformas digitais era bastante escassa. A *internet* era entendida, até então, como um ambiente de livre participação popular, em que os assuntos de interesse público eram pautados pelos

próprios usuários, sem a influência de outros interesses, públicos ou privados e, portanto, um espaço de livre expressão.

Os debates durante o trâmite do Projeto de Lei do Marco Civil da Internet foram marcados pelo desvelamento do Caso Snowden, que deu a tônica não apenas do regime de urgência na tramitação, como também das discussões sobre seu conteúdo no Congresso Nacional. O Caso Snowden foi a revelação do uso dos dados, coletados por meio das plataformas digitais, para exercer vigilância sobre os usuários. Naquela oportunidade um ex-funcionário terceirizado do serviço de inteligência dos Estados Unidos revelou o uso desses dados para monitorar as atividades tanto de indivíduos, inclusive cidadãos estadunidenses e estrangeiros, como governos estrangeiros, mencionando-se expressamente o governo brasileiro e a então Presidente Dilma Roussef, bem como os governos e líderes da Alemanha e França, por exemplo, por parte do Governo dos Estados Unidos, gerando preocupações quanto à proteção à intimidade, privacidade e a soberania nacional[189].

A natureza da vigilância e, consequentemente, do prejuízo à liberdade de expressão, que anima a elaboração do Marco Civil da Internet, revelada ao longo dos debates pré-legislativos e legislativos, e intensificada com o desvelamento do Caso Snowden, é a pública. Em outras palavras, o Marco Civil da Internet, enquanto documento normativo brasileiro que dispõe especificamente sobre as comunicações digitais, ao proteger a liberdade de expressão, estabelecendo mecanismos de privacidade e controle dos dados dos usuários, tem como referência a escola tradicional da liberdade de expressão.

Todavia, à época das discussões do Projeto de Lei do Marco Civil da Internet, ainda era escasso o reconhecimento do que é denominado vigilância privada, ou seja, do uso de dados e metadados sobre os usuários para influenciar o debate público, inclusive durante períodos eleitorais, como se descobriu posteriormente. Portanto,

189 (Brasil, 2014a, p. 21-22) e (Brasil, 2014b, p. 4).

entre os instrumentos estabelecidos pelo Marco Civil da Internet não há mecanismos voltados ao que chamamos de nova escola da liberdade de expressão, ou seja, às técnicas de manipulação do debate público por meio da vigilância privada, um dos principais desafios que se apresentam às democracias contemporâneas.

Desta feita, o legislador do Marco Civil da Internet, sob a perspectiva de que a *internet* constituía um ambiente democrático de troca de ideias e perspectivas, livre da interferência e interesses de terceiros, não apenas deixou de estabelecer quaisquer normas que tenham como objeto a governança privada dos discursos como, tendo em vista garantir que os interesses de Governos não interferissem no debate público realizado pelas redes sociais, conferiu especial proteção às empresas de tecnologia, que são, via de regra, isentas de responsabilidade civil sobre os conteúdos postados por terceiros em suas plataformas, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet.

Ocorre que há diversos interesses e agentes que atuam sobre a estrutura da comunicação digital, em medidas e através de formas diferentes, entre eles as próprias empresas de tecnologia, que visam o lucro, campanhas políticas com intenção de vencer eleições, criminosos etc. Assim, ao deixar de prever mecanismos de governança da comunicação digital e, especialmente, de transparência sobre o funcionamento de algoritmos ou a contratação de serviços das empresas de tecnologia, o Marco Civil da Internet protege, acidental e colateralmente, interesses escusos que influem no debate público, podendo gerar graves prejuízos democráticos. Ao partir do pressuposto de que as plataformas apenas sediavam os debates que ocorriam organicamente, entre os cidadãos, sem exercer qualquer espécie de curadoria ou direcionamento quanto aos conteúdos que eram veiculados nas mídias digitais, o legislador buscou evitar a interferência do Poder Público na opinião pública, porém protegeu outra espécie de governança e manipulação, esta privada.

4.3 O CASO CAMBRIDGE ANALYTICA E A NOVA ESCOLA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O Caso *Cambridge Analytica* foi, assim como o Caso Snowden havia sido em relação à vigilância pública sobre os dados dos usuários, o grande estopim para o reconhecimento da governança privada dos discursos. No ano de 2018 foi revelado que uma empresa, chamada *Cambridge Analytica*, que era especializada em campanhas políticas e *marketing* digital, havia sido contratada para atuar pela campanha do Partido Republicano nas eleições presidenciais estadunidenses de 2016, bem como na campanha a favor do *Brexit* no Reino Unido. A empresa utilizou de técnicas psicométricas para, através dos dados dos usuários, coletados da plataforma *Facebook*, produzir e disseminar conteúdos hipersegmentados com a intenção de influenciar o debate público. Por meio de análises sobre os desejos e medos da população dos Estados Unidos durante as eleições de 2016, por exemplo, foram elaborados conteúdos que incentivavam o eleitor a votar em determinado candidato, ou até mesmo a deixar de ir votar, uma vez que o voto não é obrigatório nos Estados Unidos (Alves; Maciel, 2020, p. 156; Dourado, 2020, p. 110-111; Amato; Saba; Loschiavo Leme de Barros, 2022, p. 555; Deibert, 2019, p. 3-4).

Evidenciou-se, a partir de então, o uso dos dados dos cidadãos, que são coletados pelas empresas através das interações realizadas dentro de suas plataformas, com a finalidade de influenciar decisões políticas e eleitorais, como no caso da votação do *Brexit* e nas eleições estadunidenses. No Brasil foi identificada a participação de ao menos duas empresas durante as eleições presidenciais de 2018, a *War Room* e a *CA-Ponte*, sendo esta última parceira da *Cambridge Analytica*, que atuaram no processamento de dados e na produção de conteúdo hipersegmentado para influenciar o debate público, com a intenção de obter ganhos, sejam políticos ou econômicos, com a disseminação sistemática de desinformação, por exemplo, colocando em dúvida até mesmo o processo eleitoral (Brasil, 2021, p. 10), bem como foram identificadas atividades semelhantes nas eleições brasileiras de 2020,

colombianas de 2018, peruanas e mexicanas de 2021, entre diversos outros casos mundo afora (Brasil, 2022, p. 10).

Em apenas uma década, portanto, entre 2014 e meados dos anos 2020, observa-se uma profunda alteração na forma como se compreende o funcionamento das mídias digitais, constatando o papel de determinados agentes e interesses no debate público digital. Nesse sentido, em diversas localidades há o desenvolvimento de novos mecanismos de combate à disseminação de conteúdos perniciosos e formas de evitar que interesses ocultos, sejam políticos ou econômicos, afetem as decisões eleitorais e políticas, fundamento basilar da Democracia.

Nesse sentido, na Alemanha foi aprovada a lei chamada *NetzDG*, com previsão de mecanismos de responsabilização das plataformas digitais pelos conteúdos postados por terceiros; na União Europeia a *Digital Services Act- DSA-* que prevê, além de mecanismos semelhantes à lei alemã, responsabilidades de transparência e *accountability* específicas para as grandes empresas de tecnologia que atuam em território europeu.

No Brasil, o principal projeto de lei que discute o tema é o PL 2.630/2020, conhecido como Projeto de Lei das Fake News, que chegou a ser votado no Senado Federal, porém não houve, até o momento, votação na Câmara dos Deputados, assim como a deliberação do Supremo Tribunal Federal nos casos do Recurso Extraordinário nº 1037396/SP, Tema de Repercussão Geral 987, e do Recurso Extraordinário nº 1057258/RJ, Tema de Repercussão Geral 533, que discutem a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, que isenta as plataformas de responsabilidade sobre os conteúdos postados por terceiros.

O imperativo por transparência e *accountability* em torno das comunicações digitais, derivado tanto das normas institucionalizadas em diversos países e regiões; quanto dos debates legislativos que ocorrem em outros, como o Brasil; de decisões e precedentes judiciais; da atuação de instituições na fiscalização de processos políticos ou eleitorais, como no caso do Tribunal Superior Eleitoral do Brasil

que instituiu o Programa Permanente de Combate à Desinformação, com participação dos diversos atores envolvidos no processo de comunicação digital, inclusive as plataformas, a sociedade civil organizada e os usuários, com o objetivo de combater falsidades sobre o processo eleitoral brasileiro; ou do próprio reconhecimento das plataformas quanto ao mal-uso dos dados que coletam, etc., implica em um movimento convergente, ao longo dos últimos anos, para onerar os maiores beneficiários do ecossistema econômico das comunicações digitais, as grandes empresas de tecnologia, que lucram com a coleta e tratamento de dados dos usuários, de responsabilidades tanto quanto ao conteúdo que é veiculado em suas plataformas, quanto à forma como o conteúdo é veiculado.

As medidas voltadas aos problemas derivados da comunicação digital buscam lidar com a questão de maneira sistêmica, por reconhecer que há a atuação de agentes profissionais e que atuam, também, sistematicamente para disseminar conteúdos e influenciar no debate público de maneira ilegítima, e célere, mediante a velocidade com que os conteúdos viralizam nas mídias digitais, bem como a rapidez com que os assuntos debatidos nas redes são substituídos. São pautadas, ainda, pela descentralização e multisetorialidade, com a participação de diversas áreas de especialização e parceiros, com a finalidade de entender as diversas perspectivas do problema e, ainda, garantir a participação de todos os atores envolvidos nas sociedades democráticas. O Programa desenvolvido pelo TSE, por exemplo, buscou se guiar por essas diretrizes, com o objetivo de ampliar a veiculação de informação confiável e diminuir a veiculação de desinformação e discurso de ódio (Brasil, 2021, p. 14), que, pela estrutura econômica das plataformas, veiculariam sem grandes empecilhos.

Assim, a atuação institucional, seja por meio de leis como a *NetzDG* ou o *Digital Services Act*, seja por meio dos Programas de Enfrentamento capitaneados pelo TSE, tem se guiado por uma reinterpretação do princípio constitucional da liberdade de expressão, tendo em vista a nova realidade da comunicação digital. Ao buscar cumprir com o objetivo primordial dos princípios e garantias fundamentais, que é a

realização democrática, tais medidas reconhecem que a disseminação articulada de desinformação implica em prejuízos ao debate público e, consequentemente, à liberdade de expressão, ao inundar as mídias digitais de conteúdos falsos. Entretanto, para a adequada tomada de decisão da coletividade e o autogoverno democrático é imperativo que exista um amplo fluxo de informações confiáveis e um debate público robusto, irrestrito e livre de interferências ilegítimas (Brasil, 2020, p. 6).

Desta forma, reconhece-se especificidades da comunicação digital, buscando a cooperação das plataformas, usuários e sociedade civil para buscar soluções de problemas como a formação de filtros-bolha e câmaras-de-eco, buscando minimizar os efeitos das "operações de influência" e "vácuos de informação" (Brasil, 2022, p. 39-40). Entretanto, os institutos e mecanismos da escola tradicional da liberdade de expressão seguem, evidentemente, enquanto elementos fundamentais para a consecução de um debate público livre e democrático.

Assim, medidas de combate à disseminação de conteúdos perniciosos nas mídias digitais devem considerar os abusos no uso das comunicações digitais enquanto exceções, tendo como regra a livre manifestação de pensamento e evitando medidas que possam ter como efeito a restrição indevida de conteúdos, desincentivando os cidadãos a se manifestar democraticamente (Brasil, 2020, p. 6-7). Em outras palavras, a regulamentação da comunicação digital tem como enfoque e finalidade o combate aos abusos que ocorrem nas mídias digitais. A comunicação entre os usuários/cidadãos deve ser objeto de especial proteção, enquanto a produção e disseminação sistemática de conteúdos antidemocráticos, por exemplo, deve ser objeto de fiscalização e responsabilização.

5 CONCLUSÃO

Decorre, do quanto exposto nesse artigo, que há características do ecossistema econômico das plataformas digitais, que está pautado na coleta e análise de dados dos usuários/cidadãos para direcionamento de conteúdos, por meio de técnicas como a análise psicométrica e o *microtargeting*, que implicam em prejuízos à cidadania e à democracia. Nesse sentido, a formação de câmaras-de-eco e filtros-bolha, que resulta na ampla veiculação de conteúdos com desinformação e discurso de ódio, e no processo de segmentação dos indivíduos por meio das mídias digitais, é um dos elementos que compõem o quadro da crise democrática contemporânea.

A atuação das *big techs*, grandes empresas de tecnologia, por meio especialmente de algoritmos de hierarquização e direcionamento de conteúdos, é, ao mesmo tempo e paradoxalmente, pública e privada, uma vez que tem como finalidade, naturalmente, o lucro, ou seja, o interesse privado, porém, ao gerir as plataformas digitais que concentram milhões de usuários, exercendo diariamente diversas atividades distintas, como o lazer, conexões pessoais e discussões políticas, trata-se de verdadeiras mídias de massa participativas. O impacto da comunicação digital na tomada de decisão política e eleitoral, enquanto fundamentos basilares da democracia, implica na necessidade de onerar a iniciativa privada com responsabilidades, tendo em vista os princípios democráticos e, notadamente, a liberdade de expressão, vontade e autonomia.

Partindo-se do reconhecimento de que a comunicação por meio das mídias digitais pode gerar fragmentação social, pela formação de câmaras-de-eco e filtros-bolha; de que a estrutura da comunicação digital pode ser arregimentada por interesses escusos, políticos e econômicos por exemplo, para fomentar o discurso de ódio e a desinformação, por meio da manipulação dos dados dos usuários para a produção e direcionamento de conteúdos; de que as empresas de tecnologia exercem, enquanto modelo de negócio, governança privada dos discursos, por meio de algoritmos de hierarquização; do amplo

volume de conteúdos veiculados diariamente e da especificidade técnica da atuação das plataformas; entre outros aspectos, é possível identificar a necessidade de se instituir mecanismos de governança da comunicação digital que sejam transparentes, com participação dos diversos setores e que tenha enquanto objetivo enfrentar os desafios derivados tanto da vigilância estatal, quanto da vigilância privada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. ONU diz que "notícias falsas" representam uma preocupação global. 03 mar. 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-03/onu-diz-que-noticias-falsas-representam-uma-preocupacao-global>. Acesso em: 17 jun. 2024.

ALMEIDA, L. F.; SABA, D. T.; LOSCHIAVO LEME DE BARROS, M. A. Sociologia Jurídica das Fake News Eleitorais: Uma Observação Sistêmica das Respostas Judiciais e Legislativas em Torno das Eleições Brasileiras de 2018. Direito Público, [S. l.], v. 18, n. 99, 2021. DOI: 10.11117/rdp.v18i99.5377. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5377. Acesso em: 22 ago. 2022.

BALKIN, Jack. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. UC Davis Law Review, v. 51, 2018. Acesso em: 07 mar. 2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4699/51_U.C.D._law_Review_1149__2018_.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

BASTISTA, Rodrigo. Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado. Senado Notícias: Brasília, 12 dez. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado>. Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo oferecido em plenário em substituição à Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que "estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil". Brasília: Câmara dos Deputados, 2014a. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606108>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado Federal, designada, em caráter simultâneo, com as Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 21, de 2014 (nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo), que "estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil". Brasília: Senado Federal, 2014b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113781>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BUCCI, Eugênio. A Superindústria do Imaginário: como o capital transformou o olhar em trabalho e se apropriou de tudo que é visível. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo. Mapeamento de arranjos jurídico-institucionais: um roteiro metodológico para estudos das relações entre direito e política. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 1–36, 2024. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/777. Acesso em: 31 jan. 2024.

CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Volume I: A Sociedade em rede. 6. ed. 14. reimpressão. São Paulo: Editora Paz e Terra Ltda, 2011.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. Fake News na eleição presidencial de 2018 no Brasil. Tese (doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Comunicação, 2020.

EMPOLI, Giuliano da. Os Engenheiros do Caos. São Paulo: Vestígio, 2019.

HAN, Byung-Chul. Infocracia: digitalização e crise da democracia. Petrópolis: Editora Vozes, 2022.

HARTMANN, Ivar. A new framework for online content moderation. Computer Law & Security Review, v. 36, 2020.

HORBACH, Carlos Bastide. Political Speech, Freedom of Expression and Fake News: The Role of the Brazilian Electoral Justice in the 2018 Presidential Elections. In: MORAIS, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar Ferreira; VESTING, Thomas (org.). The Rule of Law in Cyberspace. Cham: Springer International Publishing, 2022. p. 187-201.

LUNGUI, Sofia. Facebook alcança marca dos 3 bilhões de usuários mensais pela primeira vez. UOL Tecnologia, 28 jul. 2023. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/facebook-alcanca-marca-dos-3-bilhoes-de-usuarios-mensais-pela-primeira-vez/>. Acesso em: 18 jun. 2024.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. In: ABBOUD, Georges; JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake News e Regulação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 321-335.

MARICHAL, José. Facebook democracy: the architecture of disclosure and the threat to public life. Nova York: Routledge, 2016.

MARCHIONI, Artur. A responsabilização das plataformas digitais sobre o conteúdo postado por terceiros: possibilidades no enfrentamento à disseminação de discurso de ódio e fake news. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2023.

PASQUALE, Frank. The Automated Public Sphere. University of Maryland Legal Studies Research Paper nº 2017-31, 2017. Disponível

em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2609&context=fac_pubs>. Acesso em: 13 jun. 2023.

RIBEIRO, Márcio Moretto; ORTELADO, Pablo. O que são e como lidar com as notícias falsas: dos sites de notícias falsas às mídias hiperpartidárias. São Paulo: Sur-Revista Internacional de Direitos Humanos, 2018. v. 15, n. 27, p. 71-83. Disponível em: <sur-27-portugues--marcio-moretto-ribeiro-pablo-ortellado.pdf (conectas.org)>. Acesso em: 05 jan. 2023.

RIBEIRO, Márcio Moretto; ORTELADO, Pablo; PINHEIRO, Carolinne; FÉLIX, Gabriel. Nota Técnica 14. Lula elegível: a disputa nas redes sociais. São Paulo: Monitor do Debate Político no Meio Digital, 2021. Disponível em: <https://www.monitordigital.org/2021/03/19/nota-tecnica-14/>. Acesso em: 18 abr. 2024.

SILVA, Ergon Cugler de Moraes. Nota Técnica 16. Desinformação sobre urnas eletrônicas persiste fora dos períodos eleitorais. São Paulo: Monitor do Debate Político no Meio Digital, 2023. Disponível em: <https://www.monitordigital.org/2023/05/18/nota-tecnica-16-desinformacao-sobre-urnas-eletronicas-persiste-fora-dos-periodos-eleitorais/>. Acesso em: 18 abr. 2024.

SPONHOLZ, Liriam. O papel dos discursos de ódio (online) na ascensão da extrema direita: um aporte teórico. Confluências, Niterói, v. 22, n. 3, p. 220-243, dez. 2020/mar. 2021.

VESTING, Thomas. A Mudança da Esfera Pública pela Inteligência Artificial. In: ABBOUD, Georges; JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake News e Regulação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 193-210.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy

making. Council of Europe, 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>. Acesso em: 15 abr. 2024.

ESTRATÉGIAS JUDICIAIS, PARTIDOS POLÍTICOS E PERCEPÇÃO DA INTEGRIDADE ELEITORAL: UMA ANÁLISE DAS ELEIÇÕES GERAIS NO BRASIL (2014, 2018 E 2022)

JUDICIAL STRATEGIES, POLITICAL PARTIES, AND PERCEPTIONS OF ELECTORAL INTEGRITY: AN ANALYSIS OF THE GENERAL ELECTIONS IN BRAZIL (2014, 2018, AND 2022)

Letícia Scheidt Gregianin[190]

Resumo: O estudo investiga as estratégias judiciais em que partidos políticos atuam como uma das partes e sua relação com a percepção da integridade eleitoral nas eleições brasileiras de 2014, 2018 e 2022. Utilizando uma metodologia associativa, foram coletadas e analisadas jurisprudências do Tribunal Superior Eleitoral, as quais foram correlacionadas ao Índice de Integridade Eleitoral (PEI). O objetivo foi explorar a relação entre essas variáveis. Os resultados mostram que, conforme a percepção de integridade eleitoral melhora, há um aumento no número de disputas judiciais.

Palavras-chave: Integridade Eleitoral; Justiça Eleitoral; Governança Eleitoral; Partidos Políticos.

Abstract: The study investigates the judicial strategies in which political parties act as one of the parties involved and their relationship with the perception of electoral integrity in the Brazilian elections of 2014, 2018, and 2022. Using an associative methodology, case law from the Superior Electoral Court was collected and analyzed, correlating it with the Electoral Integrity Index (PEI). The objective was to explore the relationship between these variables. The results indicate that as

190 Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito e Relações Internacionais (FADIR) da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Email: leticiasgregianin@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2164368818211973.

the perception of electoral integrity improves, there is an increase in the number of judicial disputes.

Keywords: Electoral Integrity; Electoral Justice; Electoral Governance; Political Parties.

1 INTRODUÇÃO

A complexidade e a polarização crescentes no cenário político brasileiro, especialmente nos ciclos eleitorais de 2014, 2018 e 2022, trouxeram à tona questões fundamentais sobre a integridade do processo eleitoral e a confiança pública nas instituições responsáveis por conduzi-lo. A integridade eleitoral, que envolve a justiça, a transparência e a eficácia das eleições, tem se tornado um tema central nas discussões políticas e jurídicas, sendo cada vez mais frequente o debate sobre a importância do tema.

Por sua vez, todas às disputas eleitorais dependem de instituições responsáveis por estabelecer regras e procedimento a fim de garantir a integridade eleitoral e tendo como objetivo a consolidação de um regime democrático.

Vários autores têm estudado como os partidos políticos se comportam em relação a diferentes formas de organização eleitoral. Donno e Roussias (2012) sugerem que os modelos de governança eleitoral utilizados podem influenciar diretamente o número de partidos em um sistema político. Elkit e Reynolds (2005) investigam quais aspectos da governança eleitoral afetam o desempenho e a dinâmica dos partidos políticos. Peschard (2005), por sua vez, explora a conexão entre regras de transparência e o enfraquecimento das funções representativas dos partidos.

De forma semelhante, Tarouco (2014) conclui que a segurança e a integridade do ambiente eleitoral desempenham um papel essencial na promoção da participação dos partidos políticos. Quando o processo eleitoral é percebido como seguro e justo, os partidos se sentem mais

incentivados a participar ativamente da competição e a respeitar os resultados das eleições.

A autora aponta que um sistema eleitoral transparente e confiável pode fomentar um clima de confiança entre os concorrentes, estimulando um engajamento mais saudável e democrático. Por outro lado, a presença de discricionariedade por parte dos administradores eleitorais, bem como a parcialidade nos julgamentos e a vulnerabilidade a fraudes, cria um cenário desestimulante.

Nesse contexto, os partidos podem se sentir desmotivados a se envolver de forma competitiva, uma vez que a falta de confiança nas instituições eleitorais pode levar à apatia e ao desencorajamento. Em última análise, Tarouco (2014) conclui que "no Brasil, o recurso à estratégia judicial pelos partidos políticos é relativamente frequente, o que indica a confiança na instituição responsável pela resolução das demandas" (2014, p. 241).

A pergunta de pesquisa que guia este estudo é: como as estratégias judiciais adotadas pelos partidos políticos se relacionam com a percepção da integridade eleitoral nas eleições gerais do Brasil em 2014, 2018 e 2022?

O aumento das disputas judiciais no contexto eleitoral levanta questões sobre como essas estratégias impactam a percepção da população sobre a legitimidade das eleições e a confiança nas instituições democráticas. As estratégias judiciais não são meramente técnicas; elas carregam consigo implicações para a percepção de justiça e imparcialidade no processo eleitoral.

O objetivo deste trabalho é levantar o conjunto de ações judiciais, segundo as estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral, nos quais uma das partes é composta pelos partidos políticos durante os ciclos eleitorais de 2014, 2018 e 2022 e submeter os dados levantados as métricas do Índice de Integridade Eleitoral, com finalidade de relacionar essas duas variáveis.

2 INTEGRIDADE ELEITORAL: A CONFIANÇA NAS ESTRUTURAS ELEITORAIS

Governança eleitoral designa um conjunto de instituições e regras que organizam a competição eleitoral, abrangendo diversas atividades essenciais para a realização das eleições. Esse conceito se opera em três dimensões principais: aplicação de regras (*rule application*), como alistamento eleitoral e fixação de zonas de votação; decisão sobre regras (*rule adjudication*) como contencioso eleitoral e solução de conflitos entre candidatos; e criação de regras (*rule making*), que trata da elaboração da legislação eleitoral (Mozaffar; Schedler, 2002). Cada uma dessas dimensões desempenha um papel em diferentes etapas do processo eleitoral, e podem estar cumuladas ou separadas entre diferentes atores que se auto-influenciam no desenvolvimento da competição político-eleitoral.

Dependendo do modo como estruturado um modelo de governança e seu respectivo Organismo Eleitoral (OE) (Olina; Henández, 1998), a sua percepção de legitimidade e o aceite dos seus resultados podem ser mais severamente questionados: Ricardo Gonzalez *et al* (p. 342) demonstram que a percepção de irregularidades eleitorais está negativamente associada à adesão dos cidadãos à democracia, ao passo que reduz a crença na integridade das instituições. Em suma, o comportamento dos OEs contribui para a credibilidade conferida pela situação e pela oposição, e, portanto, é crucial "para o sucesso da transição e para a estabilidade" do regime (Tarouco, 2014, p. 231).

Se de um lado os OEs possuem uma repercussão crucial ao funcionamento do sistema institucional-eleitoral, de outro, sua forma e divisão pode variar abundantemente. A título de exemplo, a dimensão de *rule making* costuma ser atribuída ao Poder Legislativo, mas em determinados modelos pode ser compartilhada com o Poder Judiciário. As dimensões de *rule adjudication* e de *rule application*, por sua vez, podem ser protagonizadas por atores com maior ou menor ligação governamental e com os próprios partidos concorrentes,

gerando uma ampla gama de classificações de diferentes modelos (Marchetti, 2018, p. 891).

A confiança dos cidadãos nos processos eleitorais é um fator determinante para a saúde de uma democracia, isso pois pesquisas conduzidas por Olina e Hernández (1998) e Pippa Norris (2011), concluem que a percepção de valores de credibilidade e de confiança está positivamente associada a características dos organismos eleitorais, tais como a imparcialidade, fazendo com que a "engenharia institucional" possa contribuir para reforçar a percepção de honestidade desses processos e a confiança da população neles.

Diversos estudos apontam a relação entre a integridade eleitoral e a percepção de confiança nas instituições democráticas. Quando os eleitores acreditam na imparcialidade e justiça do processo eleitoral, até mesmo a insatisfação dos perdedores é mitigada. Trabalhos na área da psicologia social, como os de Tom Tyler (2007), corroboram a ideia de que a percepção de justiça nos procedimentos contribui para a aceitação dos resultados, o que reforça a importância de garantir transparência e equidade na condução das eleições.

Com efeito, não apenas as opções de governança adotadas por cada estado, mas o modo como tais opções são compreendidas e avaliadas pelos respectivos votantes têm consequências ao comportamento dos eleitores, à aceitação dos resultados e à legitimidade institucional do regime como um todo.

Atualmente, por sua vez, a literatura tem demonstrado que a retórica de deslegitimação das instituições tem sido influenciada pela ascensão de teorias da conspiração; discursos populistas paranoicos e anti-establishment; e campanhas virtuais de desinformação, capazes de gerar descontentamento para com o modo com os organismos eleitorais se comportam (Barbosa; Buss; Conceição, 2022; Norris; Garnett, 2019; Schnaudt, 2024; Jude; Korhani, 2020). Essas tendências globais revelam uma crise de confiança nas instituições eleitorais.

No Brasil, o modelo de governança eleitoral é um caso peculiar, atribuindo à Justiça Eleitoral, especialmente ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), um papel central na organização das eleições. Esse

modelo, que é semelhante ao adotado por outros países latino-americanos, visa garantir maior credibilidade ao processo eleitoral através de um órgão independente. Contudo, a acumulação de funções na Justiça Eleitoral também tem gerado críticas. A concentração dessas funções em um único órgão pode contribuir para a desconfiança na integridade do processo eleitoral, especialmente em um contexto de crescente polarização política e judicialização da política.

A confiança na instituição eleitoral no Brasil tem mostrado sinais de enfraquecimento. Dados do *Latinobarómetro,* que cobre o período de 2006 a 2023, indicam uma queda significativa na confiança dos brasileiros na Justiça Eleitoral. A proporção de pessoas que declararam ter "muita confiança" na instituição caiu de 27,9% para 19,8%, enquanto a proporção daqueles que afirmaram não ter "nenhuma confiança" aumentou de 10,1% para 25,7%. Esses números são um indicativo claro da relevância desse tema na sociedade brasileira e da necessidade de se abordar de forma séria e eficaz as causas dessa crise de confiança.

A literatura sobre governança eleitoral destaca a importância da integridade do processo para a legitimidade das eleições e, consequentemente, para a aceitação dos resultados. De acordo com Tarouco (2014), as instituições responsáveis pela gestão eleitoral, incluindo os mecanismos de resolução de disputas, são cruciais para garantir essa integridade.

Por sua vez, a integridade eleitoral não se limita apenas à governança eleitoral ou ao papel das instituições na administração das eleições; ela também está ligada ao comportamento e às estratégias adotadas pelos partidos políticos. Os partidos não são apenas participantes passivos em um sistema eleitoral; eles são atores fundamentais que moldam o cenário eleitoral, influenciam a percepção pública e determinam, em grande parte, a confiança na integridade do processo eleitoral.

Os partidos políticos desempenham um papel duplo na integridade eleitoral. Por um lado, eles são garantidores da integridade quando cumprem e promovem a adesão às regras eleitorais,

participando de processos de maneira justa e transparente. Por outro lado, também podem atuar como contestadores da integridade quando utilizam estratégias de desinformação, questionam a legitimidade dos resultados eleitorais ou recorrem a práticas judiciais para reverter decisões desfavoráveis. Essa dualidade pode tanto fortalecer quanto fragilizar a percepção de integridade eleitoral.

A busca incessante por poder e influência leva muitos partidos a desafiarem o sistema de governança eleitoral, especialmente quando sentem que os processos não os favorecem. Estudos mostram que em ambientes altamente polarizados, como o Brasil, essa tendência é ampliada, e os partidos frequentemente utilizam táticas de judicialização como uma forma de deslegitimar o processo eleitoral (Sadek, 2016; Arantes 2011, Taylor e Ros 2008). Esses atos, que podem incluir a apresentação de ações judiciais repetidas, o questionamento de procedimentos eleitorais ou a reivindicação de fraudes, criam um ambiente de suspeita e incerteza que afeta diretamente a percepção de integridade eleitoral entre os eleitores.

Segundo dados do Latinobarômetro, a confiança nos partidos políticos no Brasil é notoriamente baixa. Em 2023, apenas 15% da população brasileira expressou confiança nos partidos, um dos níveis mais baixos da região. Essa desconfiança é acompanhada por uma percepção negativa sobre a eficácia e a representatividade dos partidos

A teoria da "perda do perdedor" *(loser's consent theory)* (Anderson et al, 2005; Norris, 2014) sugere que, quando os partidos políticos aceitam os resultados eleitorais, mesmo após derrotas, isso contribui para a legitimação do sistema democrático. No entanto, quando esses mesmos partidos optam por não reconhecer os resultados ou alegar manipulação sem bases sólidas, eles abalam a confiança do eleitorado na integridade do processo, gerando crises de legitimidade que podem se estender para além do ciclo eleitoral.

Por sua vez, os partidos políticos participam ativamente da criação, revisão e contestação de leis e regulamentos eleitorais que definem a integridade do processo. Esse envolvimento pode ser visto tanto como um meio de garantir um ambiente eleitoral mais justo e

equitativo quanto como uma ferramenta de manipulação para criar vantagens eleitorais.

Conforme apresentado, Tarouco (2014) relaciona estratégias judiciais dos práticos políticos em confianças nas instituições responsáveis por julgas as demandas, uma vez que não haveria sentido em acionar um tribunal se houvesse a percepção de um viés sistemático em suas decisões.

O papel dos partidos políticos como demandantes na Justiça Eleitoral é um reflexo direto da estrutura de governança adotada no Brasil. A concentração de funções na Justiça Eleitoral, que abrange tanto a organização das eleições quanto a resolução de disputas, cria um ambiente onde os partidos se veem compelidos a recorrer ao Judiciário não apenas como forma de contestação, mas também como estratégia para moldar o processo eleitoral a seu favor.

Taylor e Ros (2008, p. 860) destacam que essa judicialização ocorre não apenas pela existência de canais institucionais, mas também como uma tática da oposição para contestar leis ou decisões desfavoráveis. Além disso, uma nova forma de judicialização começa a emergir, onde o governo também utiliza os tribunais para consolidar suas políticas, evidenciando que a judicialização não é exclusiva da oposição.

No contexto brasileiro, a Justiça Eleitoral desempenha um papel regulador que vai além da mera organização das eleições, influenciando diretamente a dinâmica política. Eneida Desiree Salgado (2022) destaca que essa atuação reguladora pode gerar consequências adversas, como a fragmentação das decisões e a percepção de parcialidade, devido à estrutura híbrida que mistura funções administrativas e jurisdicionais. Essa concentração de poder pode gerar insatisfação entre os partidos, especialmente aqueles que se sentem prejudicados pelas decisões da Justiça Eleitoral.

Nesse sentido, a pesquisa tem como propósito analisar litigância no qual os partidos políticos integrem as partes durante os anos das eleições gerais de 2014, 2018 e 2022, avaliando como essas práticas se relacionam a confiança no sistema eleitoral. Para isso, será utilizado

o Índice de Integridade Eleitoral, elaborado pelo *Electoral Integrity Project*, como uma métrica para avaliar a percepção da integridade do processo eleitoral em cada um desses períodos.

3 ABORDAGEM METODOLÓGICA

Para realização da pesquisa, será utilizado a metodologia associativa, abordagem que busca identificar e analisar as relações entre diferentes variáveis sem necessariamente estabelecer relações de causa e efeito. É fundamental destacar que a pesquisa não tem como objetivo estabelecer uma relação causal, isto é, determinar a relação de causa e efeito entre as variáveis. Para tanto, propõe-se realizar um levantamento que examine a associação entre as variáveis estabelecidas. Por sua vez, a associação permite estabelecer a direção e a intensidade das variáveis: esta pode ser positiva, quando o aumento de uma variável é acompanhado pelo aumento da outra, ou negativa, quando o aumento de uma variável coincide com a diminuição da outra.

Ainda, esses levantamentos também fornecem uma base para formulação de hipóteses para pesquisas futuras, em especial para utilização do método causal uma vez que a associação entre as variáveis constitui o primeiro passo para a fundamentação desse tipo de estudo.

Diferente de estudos que buscam estabelecer relações causais entre variáveis, a pesquisa associativa foca em identificar padrões de correlação que possam sugerir uma conexão entre o comportamento dos partidos e a percepção da integridade eleitoral. Essa escolha metodológica é particularmente relevante em contextos em que a causalidade direta é complexa e multifacetada, e onde múltiplos fatores interagem simultaneamente para moldar os resultados eleitorais e a confiança pública nas instituições.

A coleta de dados para o estudo se deu por meio de uma análise de jurisprudências disponíveis no site do Tribunal Superior Eleitoral

(TSE), onde foram levantadas as ações judiciais que os partidos políticos ocupam um dos polos da ação judicial.

Ainda, o TSE define "jurisprudência" como o conjunto de decisões dos tribunais na aplicação da lei, que refletem a interpretação legal em um dado momento. No entanto, é importante ressaltar que a abrangência dessas jurisprudências depende das decisões específicas catalogadas pelo tribunal, o que pode limitar a totalidade das ações registradas.

A análise quantitativa dos dados extraídos do TSE foi complementada por uma abordagem qualitativa ao categorizar os assuntos das ações estudadas. Essa categorização temática é essencial para entender não apenas o volume de ações movidas, mas também as áreas específicas de contestação e os padrões de comportamento jurídico dos partidos ao longo do tempo.

Para tanto, foram utilizados métodos de codificação temática que permitiram agrupar as ações em diferentes categorias, tais como processos e ações judiciais eleitorais, condições e impedimentos para candidatos, financiamento e contas de campanha, propaganda eleitoral e comunicação, e estrutura e funcionamento dos partidos políticos.

Além disso, o estudo utiliza o Índice de Percepção da Integridade Eleitoral (PEI), desenvolvido pelo *Electoral Integrity Project* (EPI), como ferramenta para avaliar a integridade eleitoral nos anos de 2014, 2018 e 2022.

Os dados do PEI são integrados à análise das jurisprudências para estabelecer uma correlação mais clara entre o nível de judicialização do processo eleitoral e a percepção de integridade entre especialistas. Ao comparar os resultados das jurisprudências com as variações do PEI nas eleições de 2014, 2018 e 2022, o estudo busca identificar tendências e padrões que possam sugerir como a judicialização pode influenciar negativamente ou positivamente a percepção de integridade eleitoral.

4 ELECTORAL INTEGRITY PROJECT: ÍNDICE DE INTEGRIDADE ELEITORAL

O EPI é uma iniciativa internacional voltada para a análise da qualidade e integridade dos processos eleitorais em diversos países. O projeto visa proporcionar uma análise detalhada dos fatores que influenciam a integridade eleitoral, disponibilizando dados empíricos que permitam a avaliação de diversos aspectos envolvidos no processo eleitoral.

Para isso, o EIP desenvolveu o Índice de Percepção da Integridade Eleitoral (PEI), uma ferramenta que mede a percepção da integridade eleitoral com base em uma série de indicadores específicos.

O PEI é calculado a partir de uma pesquisa realizada com especialistas em eleições – incluindo acadêmicos, observadores eleitorais e profissionais envolvidos na administração eleitoral – que avaliam o desempenho de diferentes países em 49 indicadores, distribuídos em 11 dimensões do ciclo eleitoral: leis eleitorais, procedimentos eleitorais, registro de eleitores, financiamento de campanhas, cobertura da mídia, entre outros. Cada dimensão recebe uma pontuação de 0 a 100, em que uma pontuação mais alta indica uma percepção mais positiva da integridade eleitoral. O índice final é uma média ponderada das pontuações atribuídas a cada dimensão.

A análise utilizará os dados do PEI-10.0, PEI-9.0 e PEI-8.0 para examinar as variações na integridade eleitoral no Brasil. Na edição PEI-8.0 (eleições de 2014), o Brasil registrou um índice de 60/100, posicionando-se em 14º lugar nas Américas. Já no PEI-9.0 (eleições de 2018), a pontuação aumentou para 69/100, o que elevou o Brasil à 6ª posição na mesma região. No entanto, em um movimento paradoxal, apesar de alcançar 73/100 no PEI-10.0 (eleições de 2022), o Brasil caiu para a 15ª posição nas Américas. Essa queda na classificação, mesmo com uma melhoria na pontuação, pode ser explicada por avanços mais significativos percebidos em outros países da região, o que destaca a natureza competitiva da métrica de integridade eleitoral.

A análise do PEI em conjunto com os dados sobre litigância permite uma investigação mais aprofundada sobre o impacto das disputas judiciais na percepção de integridade eleitoral. Por exemplo, embora o Brasil tenha melhorado suas pontuações no PEI ao longo dos anos, a alta judicialização pode indicar que os partidos políticos continuam a perceber – e, em alguns casos, a promover – uma desconfiança em relação à imparcialidade e à eficácia do sistema eleitoral. Isso se alinha com a "teoria da perda do perdedor" *(loser's consent theory)*, que sugere que a aceitação dos resultados por parte dos perdedores é fundamental para a estabilidade democrática.

É importante destacar que, conforme já apresentado existam outros indicadores, como o Latinobarómetro, que capturam a percepção pública da confiança nas instituições eleitorais, a escolha pelo Índice de Percepção da Integridade Eleitoral (PEI) para esta pesquisa se deu por sua abordagem estruturada e especializada. O PEI se baseia em avaliações de especialistas, permitindo uma análise mais técnica e comparativa dos processos eleitorais ao redor do mundo. Essa abordagem foca em critérios específicos e padronizados, como leis eleitorais, registro de eleitores, financiamento de campanhas e cobertura da mídia, garantindo uma avaliação consistente e objetiva.

5 UNIVERSO AMOSTRAL: LITÍGIOS E PARTIDOS POLÍTICOS

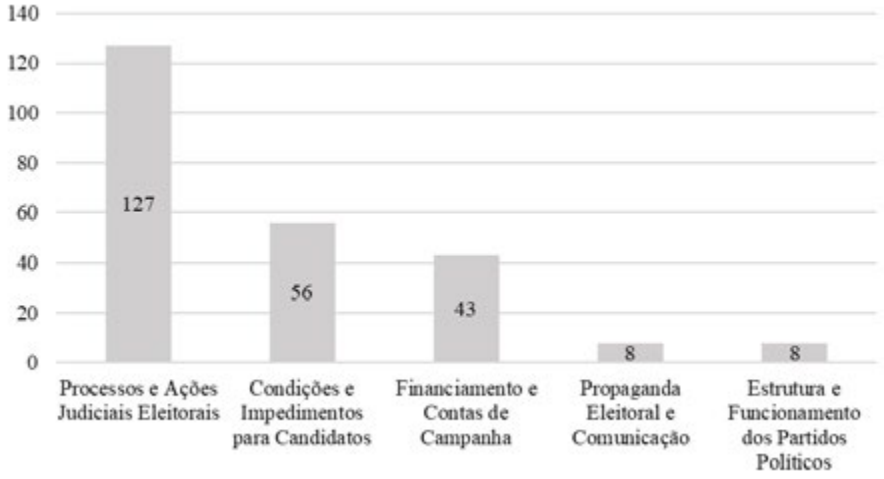
Para a realização dos levantamentos de jurisprudências, inicialmente, foi acessado o site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), onde essas decisões estão disponíveis. Utilizando a interface do portal, foi selecionada a opção "PESQUISA AVANÇADA", seguida pela seleção do modo "COMPLETA" para garantir que todas as decisões fossem obtidas. Para cada pesquisa, foi escolhido o ano da eleição específica a ser analisada, e no campo "PARTES", foram inseridos os termos "PARTIDO; COLIGAÇÃO", o que permitiu filtrar as decisões envolvendo diretamente os partidos políticos e coligações eleitorais.

A pesquisa foi conduzida de forma individual para cada eleição (2014, 2018, e 2022), repetindo-se o processo para garantir a precisão dos dados coletados. Após a definição dos parâmetros de pesquisa, a opção "ETIQUETA" foi utilizada novamente para refinar os resultados, selecionando o ano específico das eleições investigadas, o que ajudou a limitar os dados ao período de interesse.

Os dados coletados sobre as ações judiciais foram então organizados de acordo com a indexação temática fornecida pelo próprio TSE. Essa indexação categoriza as ações com base em assuntos específicos, refletindo a natureza e o foco de cada disputa legal. Durante o processo de catalogação, observou-se que havia variações significativas na quantidade e na natureza dos assuntos abordados nas ações entre os diferentes ciclos eleitorais. Para facilitar a análise e possibilitar uma visão comparativa, os assuntos foram agrupados em cinco categorias principais: 1) processos e ações judiciais eleitorais; 2) condições de impedimento para candidatos; 3) financiamento e contas de campanha; 4) propaganda eleitoral e comunicação; e 5) estrutura e funcionamento dos partidos políticos.

Com base nos dados coletados, foram desenvolvidas três tabelas, cada uma correspondente a uma das eleições analisadas. Em seguida, foram apresentados os termos utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na categorização dos temas, destacando as diferentes naturezas e enfoques das ações judiciais indexadas para cada período eleitoral.

GRÁFICO 1: Eleições 2014.



Fonte: elaboração autoral.

Agrupamento temático do TSE de 2014

Grupo 1: Matéria processual, Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), representação processual.

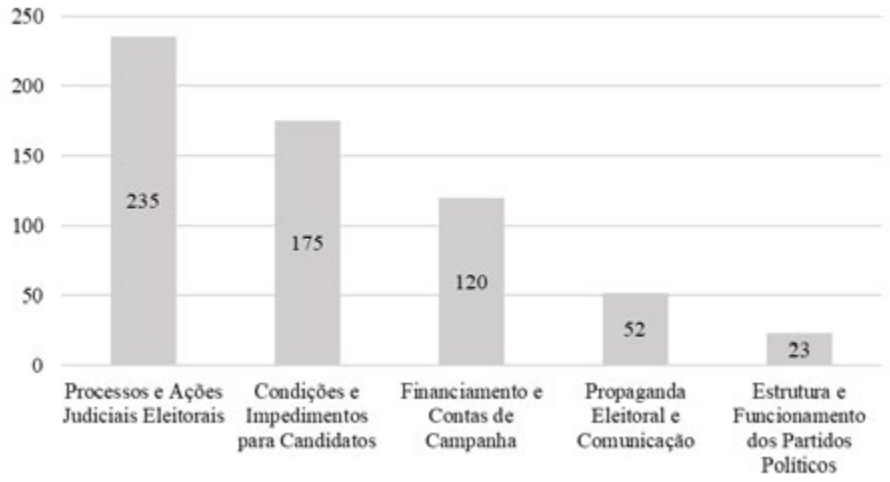
Grupo 2: Registro de candidatura, condutas vedadas a agente público, abuso de poder.

Grupo 3: Contas de campanha, arrecadação e gastos de campanha, contas de exercício financeiro.

Grupo 4: Propaganda eleitoral irregular, propaganda eleitoral antecipada, propaganda partidária, propaganda institucional.

Grupo 5: Filiação partidária, infidelidade partidária.

GRÁFICO 2: Eleições 2018.



Fonte: elaboração autoral.

Agrupamento temático do TSE em 2018

Grupo 1: Matéria processual, consulta, Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), mandado de segurança, representação processual.

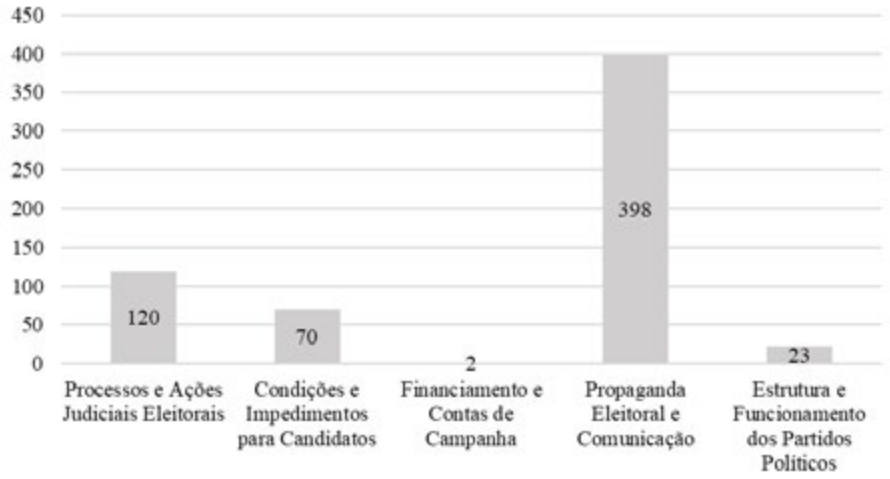
Grupo 2: Registro de candidatura, condutas vedadas a agente público, abuso de poder, inelegibilidade.

Grupo 3: Contas de campanha, arrecadação e gastos de campanha, contas de exercício financeiro.

Grupo 4: Propaganda eleitoral irregular, propaganda eleitoral antecipada, propaganda partidária, pesquisa eleitoral, direito de resposta.

Grupo 5: Filiação partidária, infidelidade partidária, coligação, partidos políticos.

GRÁFICO 3: Eleições 2022.



Fonte: elaboração autoral.

Agrupamento temático do TSE em 2022:

Grupo 1: Matéria processual, consulta, Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), mandado de segurança.

Grupo 2: Registro de candidatura, condutas vedadas a agente público, abuso de poder, condições de elegibilidade, inelegibilidade.

Grupo 3: Contas de campanha.

Grupo 4: Propaganda eleitoral irregular, propaganda eleitoral antecipada, propaganda partidária, pesquisa eleitoral, horário de propaganda, direito de resposta.

Grupo 5: Filiação partidária, infidelidade partidária, coligação, partidos políticos.

A análise dos gráficos referentes às eleições de 2014, 2018 e 2022 revela variações significativas na distribuição das ações judiciais eleitorais ao longo dos diferentes ciclos. O agrupamento das jurisprudências por temas permite observar como certos assuntos ganharam ou perderam relevância em cada eleição, refletindo mudanças nas estratégias políticas dos partidos e nas dinâmicas do processo eleitoral.

6 EXPLORAÇÃO DE HIPÓTESES E PERSPECTIVAS DE ANÁLISE

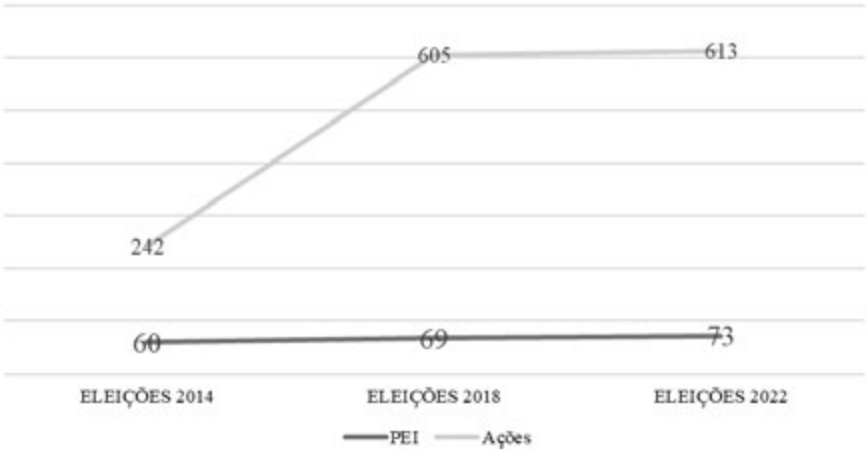
As eleições de 2014, 2018 e 2022 no Brasil evidenciam um aumento significativo nas disputas judiciais, com partidos políticos participando em diferentes tipos de ações que abrangem desde questões de propaganda eleitoral até elegibilidade de candidatos e contas de campanha. Esses ciclos eleitorais revelam um crescimento expressivo no número de litígios, refletindo a complexidade cada vez maior das disputas políticas e o uso estratégico do Judiciário como ferramenta de contestação.

Os gráficos apresentados ilustram essa tendência de judicialização crescente, especialmente nas eleições de 2018 e 2022, quando o número de ações judiciais superou significativamente os registros de 2014. A categorização dessas ações, divididas em cinco grupos temáticos principais, demonstra uma mudança no foco das disputas eleitorais ao longo do tempo, com maior ênfase nas questões de propaganda eleitoral e comunicação em 2022. Esse aumento substancial nas ações relacionadas à propaganda pode ser atribuído ao uso intensivo de redes sociais e à crescente polarização política.

A judicialização eleitoral, portanto, surge como uma resposta institucional à complexidade crescente do ambiente político e às disputas por poder em um contexto altamente polarizado, o que pode ter tanto consequências positivas quanto trazer prejuízos ao sistema jurídico-político.

Ao submeter o aumento no número de ações judiciais ao Índice de Percepção da Integridade Eleitoral (PEI), é possível observar que o índice aumentou juntamente com o aumento das ações. Conforme demonstra o gráfico 4:

GRÁFICO 4: Evolução do PEI e judicialização por eleições.



Fonte: elaboração autoral.

Levando em consideração a metodologia associativa utilizada, o estudo chegou a três hipóteses que podem ser exploradas em estudos futuros. Essa abordagem permitiu identificar correlações entre a judicialização do processo eleitoral e o Índice de Percepção da Integridade Eleitoral (PEI), sem, no entanto, estabelecer relações de causa e efeito. As hipóteses propostas refletem diferentes interpretações sobre a interação entre essas variáveis, abrindo caminho para análises mais aprofundadas que, em um segundo momento, poderão empregar metodologias que busquem determinar relações causais.

HIPÓTESE 1: o comportamento neoconstitucionalista do judiciário implica uma percepção de maior propensão que demandas judiciais sejam recebidas e apreciadas no mérito.

A postura ativista do Judiciário, especialmente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pode gerar nos partidos políticos a percepção de que o Judiciário está mais aberto a receber e julgar suas demandas, incentivando-os a adotar uma abordagem mais proativa no uso das vias

judiciais. Consequentemente, os partidos se sentem mais motivados a recorrer ao Judiciário. Os partidos políticos podem agir tanto na denúncia de irregularidades, visando aumentar a transparência e fortalecer a confiança no processo eleitoral, quanto como contestadores da integridade do sistema, ao utilizarem estratégias de desinformação, questionarem a legitimidade dos resultados ou recorrerem ao Judiciário para tentar reverter decisões desfavoráveis.

HIPÓTESE 2: O maior acesso à justiça eleitoral incentivou a judicialização como uma forma contestação dos partidos políticos

O Brasil possui um sistema de justiça eleitoral acessível, no qual partidos políticos, coligações e candidatos podem questionar rapidamente os resultados ou as práticas eleitorais. Esse acesso facilitado ao sistema judicial incentivou a utilização crescente da via judicial como um mecanismo legítimo de controle e contestação. A judicialização tornou-se uma ferramenta frequente para resolver disputas, o que, por sua vez, pode gerar o aumentou a confiança no sistema eleitoral.

HIPÓTESE 3: O uso estratégico do Judiciário pelos partidos aumentou a percepção de imparcialidade e confiança na Justiça Eleitoral.

No mesmo sentido de Tarouco (2014), a constante utilização de ações judiciais por parte dos partidos políticos pode ter fortalecido a percepção de que o Judiciário Eleitoral exerce um papel imparcial na resolução de conflitos. Dessa forma, o aumento no número de ações judiciais, correlacionado com o crescimento do Índice de Percepção da Integridade Eleitoral (PEI), sugere que os partidos confiam no tribunal eleitoral como uma instituição competente e confiável para solucionar suas demandas.

7 CONCLUSÕES

A metodologia utilizada mostrou que, com o aumento da integridade eleitoral, partidos políticos têm mais propensão a recorrer ao Judiciário, abrindo caminho para elaboração de diferentes hipóteses.

Observou-se que, à medida que a integridade eleitoral melhora, o número de disputas judiciais também cresce, o que pode indicar uma maior confiança no sistema judiciário eleitoral. No entanto, essa confiança pode levar a diferentes consequências, tanto no fortalecimento da governança eleitoral quanto na intensificação da polarização política, com partidos contestando decisões desfavoráveis.

A análise destaca o papel do Judiciário como um ator central no processo político eleitoral. As hipóteses sugerem a necessidade de pesquisas futuras para investigar mais detalhadamente as causas do aumento nas disputas judiciais e seu impacto a longo prazo na confiança pública nas instituições eleitorais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Christopher J. et al**. Losers' Consent:** Elections and Democratic Legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. Judicialização da Política no Brasil: o caso do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política**, v.19, p. 241-259, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; BUSS, Gustavo; CONCEIÇÃO, Lucas Henrique Muniz da. Constitucionalismo Multinível: do global à megacidade. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, v. 95, p. 1-16, 2022.

DONNO, D. e ROUSSIAS, N. Does Cheating Pay? The effect of electoral misconduct on party systems. **Comparative Political Studies**, 45 (5), p. 575-605, 2012.

ELECTORAL INTEGRITY PROJECT**. Índice de Percepção Eleitoral (PEI) - 8.0.** Disponível em: https://www.electoralintegrityproject.com.

ELECTORAL INTEGRITY PROJECT. **Índice de Percepção Eleitoral (PEI) - 9.0.** Disponível em: https://www.electoralintegrityproject.com.

ELECTORAL INTEGRITY PROJECT. **Índice de Percepção Eleitoral (PEI) - 10.0.** Disponível em: https://www.electoralintegrityproject.com.

ELKIT, J. and REYNOLDS, A. A Framework for the Systematic Study of Election Quality. **Democratization**, 12 (2), p. 147-162, 2005.

GONZÁLEZ, Ricardo et al. Fairness beyond the ballot: a comparative analysis of failures of electoral integrity, perceptions of electoral

fairness, and attitudes towards democracy across 18 countries. **Electoral Studies**, [S.L.], v. 87, n. 1, p. 102740, fev. 2024.

INFORME LATINOBARÓMETRO 2024. **Corporación Latinobarómetro**. 2024. Disponível: https://www.latinobarometro.org/lat.jsp.

JUDGE, Elizabeth F.; KORHANI, Amir M. Disinformation, Digital Information Equality, and Electoral Integrity. **Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy,** [S.L.], v. 19, n. 2, p. 240-261, 1 jun. 2020. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1089/elj.2019.0566.

MARCHETTI, Victor. Governança Eleitoral: O Modelo Brasileiro de Justiça Eleitoral. **Dados,** v. 4, n. p. 865-896, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/j/dados/a/NKgmD93BGP9xnSfTXGSb9wG/.

MOZAFFAR, Shaheen e SCHEDLER, Andreas. The Comparative Study of Electoral Governance Introduction. **International Political Science Review**, v. 23 n. 1, p. 5-27, 2002.

NORRIS, Pippa. Cultural Explanations of Electoral Reform: A Policy Cycle Model. **West European Politics,** v. 3, n. 34, p. 531-550, 2011, p. 544-545.

NORRIS, Pippa. **Why Electoral Integrity Matters**. New York: Cambridge University Press, 2014.

NORRIS, Pippa; GARNETT, Holly Ann; GRÖMPING, Max. The paranoid style of American elections: explaining perceptions of electoral integrity in an age of populism. **Journal Of Elections, Public Opinion And Parties**, [S.L.], v. 30, n. 1, p. 105-125, 7 abr. 2019. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1080/17457289.2019.1593181.

OLINA, José; HERNÁNDEZ, Janeth. La Credibilidad de las Elecciones Latinoamericanas Y Sus Factores: el efecto de los organismos electorales, el sistema de partidos y las actitudes políticas. **In: XXI CONGRESO INTERNACIONAL DE LA ASOCIACIÓN DE ESTUDIOS**

LATINOAMERICANOS, 24 set. 1998, Chicago. Apresentação de Trabalho. Latin American Studies Association, Lasa, 1998.

PECHARD, J. Transparencia y partidos políticos. Cuadernos de transparencia – **Instituto Federal de Acceso a la Información Pública**, 8, 2005.

SALGADO, Eneida Desiree. The Judicial Branch as a (pretty) bad political regulator. **Revista de Derecho Político,** [S. l.], n. 113, p. 339–359, 2022. Disponível em: https://revistas.uned.es/index.php/derecho-politico/article/view/33579.

SADEK, Maria Tereza. Judicialização da Política no Brasil: causas, características e consequências. **Revista Direito FGV**, 12(1), p. 173-201, 2016.

SCHNAUDT, Christian. Conspiracy Beliefs and Perceptions of Electoral Integrity: cross-national evidence from 29 countries. **Public Opinion Quarterly,** Oxford University Press (Oup), 24 jun. 2024. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1093/poq/nfae027.

TAROUCO, Gabriela. Governança eleitoral: modelos institucionais e legitimação. **Cadernos ADENAUER**. São Paulo, v. XV, p. 229-243, 2014. Disponível em: https://www.kas.de/documents/265553/265602/7_file_storage_file_13781_5.pdf/caf324cd-28e0-e8f2-a7e9-5f3828ad48f6.

TAYLOR, Matthew; ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados.** Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825–864, 2008.

TYLER, Tom. **Psychology and the design of legal institutions**. Nijmegen: Wolf Legal Publisher, 2007.

AUTONOMIA E O RISCO DA CAPTURA DA AUTORIDADE MONETÁRIA: A PEC Nº. 65/2023 E A ALTERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO BANCO CENTRAL

AUTONOMY AND THE RISK OF REGULATORY CAPTURE: CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROPOSAL 65/2023 AND THE LEGAL STATUS CHANGE OF THE CENTRAL BANK

Lucas Antunes de Siqueira Costa[191]

Resumo: A especialidade técnica da autoridade monetária nacional e os riscos decorrentes da captura de uma entidade pública por meio da alteração de sua personalidade jurídica na condução da política monetária nacional são os elementos centrais do presente artigo. A recente atribuição de maior autonomia pela Lei Complementar nº. 179/2021 ao Banco Central está em crise, principalmente na relação entre governo e a autarquia especial responsável pela sua execução. O confronto decorre de razões políticas, especialmente em relação à fixação da taxa de juros, que é fundamental para o funcionamento do Estado, impactando a expansão ou contração do crédito no mercado. O debate engloba pressões de curto prazo, de natureza política, e de longo prazo, institucional, sobre a autoridade monetária. Analisa-se o risco de captura do Banco Central caso a PEC nº. 65/2023 seja aprovada, bem como o papel da autoridade monetária na implementação da política monetária nacional e sua relação com os poderes Executivo e Legislativo. A autonomia não se encontra blindada pelo risco de captura e, a partir dos conceitos trazidos pelo Direito Administrativo, envolve considerações técnicas, legais, políticas, institucionais e econômicas. A metodologia empregada será a indutiva, com caráter descritivo e revisão da literatura, considerando a mudança de personalidade e sua repercussão ao ordenamento jurídico.

191 Graduado em Direito pela UFMG; mestrando em Sistema Financeiro Nacional pela Faculdade de Direito da UFMG; Procurador Federal em exercício na Procuradoria Regional Federal da 06ª Região. E-mail: lucas.siqueira@agu.gov.br.

Palavras-chave: Banco Central. Autonomia. Teoria da Captura. Institucionalidade.

Abstract: The technical expertise of the national monetary authority and the risks arising from the capture of a public entity through the alteration of its legal personality in conducting national monetary policy are the central elements of this article. The recent granting of greater autonomy to the Central Bank by Complementary Law No. 179/2021 is in crisis, particularly in the relationship between the government and the special autonomous agency responsible for its implementation. The confrontation stems from political reasons, especially regarding the setting of interest rates, which is fundamental to the functioning of the state, impacting the expansion or contraction of credit in the market. The debate encompasses short-term political pressures and long-term institutional pressures on the monetary authority. The article analyzes the risk of the Central Bank's capture if Constitutional Amendment No. 65/2023 is approved, as well as the role of the monetary authority in implementing national monetary policy and its relationship with the Executive and Legislative powers. Autonomy is not shielded from the risk of capture and, based on concepts from Administrative Law, involves technical, legal, political, institutional, and economic considerations. The methodology employed will be inductive, with a descriptive character and a biographic analysis, considering the change in personality and its repercussion on the legal order.

Keywords: Central Bank. Autonomy. Capture Theory. Institutional Framework.

> "*Je veux que la Banque (...) soit dans la main du Gouvernement mais qu´ ele ný sois pas trop*" "**Eu desejo que o Banco esteja sob o controle do Governo, mas não muito – trad. Livre**) (Napoleão Bonaparte, de acordo com Geneviève Iacono, Le nouveau status de la Banque de France, une étape vers l´union

economique et monetaire. Recueil Dalloz, Sirley 89. março/1994.

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre a autonomia e o risco de captura permeia a atuação dos agentes reguladores e regulados, especialmente quando considerado o contexto de criação das agências reguladoras durante a reforma administrativa gerencial do Estado no final da década de 90, período de intensa privatização na economia brasileira, como a vista no setor telefônico e de outros serviços públicos, como os de transportes.

A ideia inicial era que, ao garantir o isolamento e a independência técnica, as novas estruturas jurídicas da Administração Indireta ficariam menos suscetíveis a influências externas. Concebia-se que não competiria ao Estado exercer diretamente atividades que seriam mais bem desenvolvidos pelos particulares. Ao poder público seria mais adequado o exercício de fiscalização das atividades e deixar ao livre mercado a realização do serviço público antes atribuído a ele. Concebia-se ainda a maior eficiência na prestação de serviços que antes eram centralizados no Estado. Nesse contexto, a Emenda Constitucional nº. 19/98 incluiu o princípio da eficiência como norteador e regente da atuação da Administração Pública (Mattos, 1999).

Ante o alto grau de especialização técnica, as atividades das agências reguladoras foram concebidas como essenciais ao funcionamento do estado gerencial, uma vez que estão presentes em áreas sensíveis da economia nacional, como a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP).

No sistema de defesa da concorrência, há inclusive autarquia especializada em questões afetas ao tema, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criada em 1962, antes

mesmo da reforma administrativa gerencial da década de 90 e mantido pela organização administrativa nacional no período pós 1988.

A arquitetura jurídica desenvolvida em torno das recentes agências reguladoras possui relevância econômica, especialmente devido à sua significativa arrecadação, em razão de suas competências fiscalizatórias e regulatórias, que chega na cifra de 130 bilhões de reais/ano, valor de relevância evidente para o funcionamento da máquina estatal brasileira e do regular funcionamento dos serviços por elas fiscalizados[192].

No setor financeiro, assim como o citado sistema de defesa da concorrência, desde 1964 já havia uma estrutura jurídica na forma de autarquia especial, com forte especialidade técnica e prerrogativas de regulação monetária, que é o Banco Central (art. 8ª da Lei 4595/1964)[193].

Responsável pela condução da política monetária nacional, seu papel foi reforçado pelo constituinte de 1988 ao fixar, no art. 192, como diretriz e mandamento constitucional, a formação e estruturação do sistema financeiro nacional de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir os interesses da coletividade.

Não obstante o mandamento constitucional baseado em termos abstratos (interesses da coletividade, por exemplo), estes possuem densidade normativa de observância vinculante pela referida autoridade no trato com os entes regulados e a sociedade. Nesse sentido, há forte influência do regime jurídico administrativo desde a fundação do Banco Central em 1964 e ratificada pelo constituinte de 1988. Recentemente, no ano de 2021, a Lei Complementar nº. 179 reforçou essa prerrogativa administrativa ao estabelecer maior grau de autonomia à autoridade monetária, por meio da fixação de

192 https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/agencias-reguladoras-federais-divulgam-nota- conjunta. Acesso em 10.06.2024.

193 Art. 8º: A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e foro na Capital da República, sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios este constituído dos bens, direitos e valores que lhe são transferidos na forma desta Lei e ainda da apropriação dos juros e rendas resultantes, na data da vigência desta lei, do disposto no art. 9º do Decreto-Lei número 8495, de 28/12/1945, dispositivo que ora é expressamente revogado.

mandato à sua diretoria e estabilidade nos cargos, indicativos de que o BC exerce uma função de relevância pública e independente do governo de ocasião ou de ideologia política. Seu exercício funcional é essencialmente técnico e com franca expansão de atribuições em novos papeis de bancos centrais pelo mundo.

Nesse contexto, insere-se como legítima a preocupação recente com o risco de captura que paira sobre a autoridade monetária caso a PEC nº. 65/2023 seja aprovada. Pretende-se com a proposta de emenda à Constitucional a mudança da personalidade jurídica do BC, de autarquia especial, para empresa pública federal. Retira-se o regime público administrativo, para um de natureza privada, com capital social e patrimônio em nome da União, como são as atuais empresas públicas federais, a exemplo da Caixa Econômica Federal.

O isolamento e a atribuição de autonomia técnica não são blindagens absolutas para evitar influências externas às autarquias, considerando que há grande interesse e repercussão na escolha de seus dirigentes a partir de interesses políticos e atuação do setor regulado na busca de benefício próprio. De modo suscinto, a situação pode ser compreendida como "teoria da captura".

A captura ocorre quando os entes reguladores (agências reguladoras, por exemplo) são influenciadas pelas indústrias que deveriam regular, resultando em ações que favorecem interesses privados em detrimento do interesse público. Essa captura pode ser direta, em decorrência de pressões políticas e econômicas, ou indireta, por meio da formação de redes de influência e troca de pessoal entre reguladores e regulados.

O fenômeno ocorre quando há distorção do interesse público em favor de interesse privado, com motivação do poder econômico ou por grupo de interesses em um dado setor (Justen Filho, 2022). Consiste na utilização da estrutura pública como forma de proteção em benefício próprio de setores de interesse ou segmento do poder constituído, a exemplo do executivo ou legislativo, para fins outros fora do interesse público.

A captura ainda pode ser compreendida quando o próprio regulador perde sua condição/prerrogativa de autoridade e passa a produzir atos normativos e outros instrumentos regulatórios para legitimar o interesse empresarial do segmento econômico regulado. Além disso, há uma deturpação da finalidade pública dos setores burocráticos instituídos para a defesa dos setores regulados (Justen Filho, 2002). É a burocracia a serviço de um segmento e não da sociedade.

Discute-se atualmente proposta de emenda constitucional nº. 65/2023, que visa alterar a personalidade jurídica do Banco Central do Brasil, de autarquia em regime especial para empresa pública federal. Apresenta-se neste artigo se a nova configuração de personalidade jurídica seria uma forma de captura da autoridade monetária por outro poder constituído ou se seria uma forma adequada de conferir novos contornos à autoridade monetária diante de maior liberdade financeira fora dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). A relevância se dá em função do papel da autoridade monetária na condução da política monetária e nas tentativas de retirar sua autonomia em seu exercício funcional, com destaque à fixação da taxa básica de juros.

Defende-se, neste ensaio, que a atribuição de personalidade jurídica privada ao Banco Central não é adequada, considerando suas funções de regulação e da ausência de justificativa legal e de dados sólidos para alteração de um sistema recentemente fortalecido institucionalmente pela Lei Complementar nº. 179/2021.

2 ENTRE A LEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO AO BANCO CENTRAL

O tradicional paradigma de análise legalista, que se baseia em uma dicotomia entre o legal e o ilegal, o permitido e o proibido, revela-se insuficiente para justificar a atuação estatal na regulação financeira e econômica e dos riscos regulatórios advindos dessa relevante função,

exigindo uma abordagem mais ampla, inclusive pela sua relevância política e sua transversalidade institucional em relação poderes constituídos.

Atualmente, em diversos campos jurídicos, há presença da análise finalística da legalidade, calcada em objetivos apresentados à Administração Pública em relação aos quais é aberto um leque de possibilidades sobre como alcançar sua finalidade pública (Schirato, 2016).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) no art. 22 enfatiza que, na esfera da decisão do gestor público, a interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Há uma preocupação, portanto, de que mudanças estruturais devem ser acompanhadas de análise e verificação em dados, respeitando sempre os direitos dos administrados. As mudanças ainda devem ter como objetivo o progresso institucional. Não se admite, pela LINDB, involução ou regressão das instituições públicas.

Diante dessa nova perspectiva de análise do direito público, a mudança estrutural do BC não se limitará a aspectos legais ou formais, mas de sua relevância institucional como autoridade monetária responsável pela estruturação e do próprio sucesso e progresso do SFN.

Nesse sentido, a análise da (in)constitucionalidade de mudança da personalidade jurídica não se dará apenas pelo critério formal, da conformação ou não de atribuição de personalidade privada a um ente dotado de grande parcela regulatória no SFN. Outros critérios, como os políticos e institucionais, serão objeto de análise, considerando a relevância que o BC como executor da política monetária nacional e sua transversalidade na ordem econômica constitucional, nos termos do art. 170 da CF/88[194].

194 O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça

Para além da análise estanque do princípio da legalidade, daquilo que seja permitido ou proibido, a administração moderna está sujeita a princípios adicionais, como proporcionalidade, razoabilidade e interesse público, que podem influenciar a interpretação e aplicação do princípio da legalidade.

Enquanto no passado a atuação da Administração era estritamente limitada pela legalidade, modernamente essa atuação pode ser mais flexível, desde que ainda esteja dentro dos limites da lei e dos princípios fundamentais do Estado de Direito.

O regime jurídico administrativo de direito público ao BC vem sendo objeto de franca expansão no cenário brasileiro, com elastecimento de competências da autarquia especial, que no passado tinha, e ainda tem, como tarefa constitucional a emissão de moeda na forma dos arts. 21, VII e 164 da CF/88[195]. As funções do BC tradicionalmente vistas como emissor da moeda e garantia de sua circulação não são limitadas mais à importe atribuição pela autoridade monetária da garantia da estabilidade da moeda.

Atualmente, a agenda regulatória do BC (2024) envolve muito mais que mera supervisão financeira ou de autorização a novos entrantes no Sistema Financeiro Nacional. *Open Finance*, *tokenização*, inteligência artificial constituem novas regulações e fronteiras de tecnologia. São conceitos que, aliados à digitalização e avanços da tecnologia digital, trazem desafios futuros, que já são objeto de preocupação do ente público. [196]

A proposta de alteração constitucional se fundamenta em três pilares: a) transformação do BC de autarquia em empresa pública, com ressalva de que "exerce atividade estatal"; b) uso de receitas de

social. O artigo também estabelece nove princípios constitucionais da ordem econômica: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca de pleno emprego.

195 Art. 21, VII: compete à União emitir moeda; art. 164: a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.

196 Para maiores detalhes da agenda regulatória 2024: https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/789/noticia.

senhoriagem[197] para financiamento das despesas do BC, afastando o uso das regras orçamentárias para custeio; e c) deslocamento institucional de fiscalização do BC do Poder Executivo, via tutela, ao Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU).

É justificável que, como uma empresa pública, o Banco Central poderia ter mais flexibilidade administrativa e financeira, considerando que não faz parte do orçamento público, nem seus servidores ficariam vinculados ao regime administrativo, mas celetista.

A mudança de personalidade pública para privada, por sua vez, traria maior vulnerabilidade a pressões externas, como pressões do legislador responsável pelo controle, bem como de incursões indevidas de setores financeiros e grupos de interesse. Nesse sentido, há um duplo risco na atribuição de personalidade de direito privado ao BC: um relacionado ao mercado regulado, devido à proximidade entre o Banco Central e as entidades reguladas, que igualmente são de natureza privada; e outro risco político, devido à proximidade da autoridade do Banco Central com o controle exercido pelo legislativo, que poderá alterar o comando da autarquia de acordo com o momento político, enfraquecendo a autonomia da autoridade monetária.

A partir dos termos da proposta, entende-se a pretensão legislativa de transformação do BC em empresa pública para mudança do regime de direito público hoje aplicável à autarquia especial. Aprovada a matéria, o regime do BC será o mais próximo ao direito privado, com implicações práticas relevantes, seja no aspecto de trato com os entes regulados, seja da sua relação processual e garantias públicas típicas de um regime público (impenhorabilidade de seus bens e prazos diferenciados para defesa, por exemplo).

197 A senhoriagem é o lucro que um governo obtém ao emitir moeda, derivado da diferença entre o valor nominal da moeda e seu custo de produção. Esse conceito é importante na economia moderna, pois está ligado à capacidade do governo de financiar seus gastos e à política monetária, mas deve ser manejado com cuidado para evitar a inflação descontrolada. Pela proposta de emenda à constituição, não fica claro como será a gestão desse excedente advindo da senhoriagem, ante a ausência de dados técnicos no parecer do Senador relator da matéria.

Do ponto de vista processual, o BC estaria excluído do sistema de garantias judiciais típicas do Estado, como os precatórios. Ele teria menos prerrogativas e, finalmente, perderia prerrogativas próprios em litígios judiciais. Seus bens poderiam sofrer constrições nos moldes dos bens privados, o que minaria seu exercício funcional típico.

Há também dúvidas sobre a competência atual da Justiça Federal (art. 109, I, da CF) e a transposição de competência à Justiça do Trabalho em relação às causas futuras envolvendo os novos empregados públicos, caso a mudança constitucional seja feita. Sendo celetistas, o novo corpo técnico do BC sofreria maior ingerência política e estaria com maior suscetibilidade ao atendimento de interesse outros.

A proposta de mudança do Banco Central de autarquia para empresa pública encabeçada pela PEC nº. 65/2023 representa uma alteração significativa do arcabouço institucional da autoridade monetária, fato este que pode facilitar sua captura, seja pelos regulados, seja pela subordinação ao Poder Legislativo, que não possui uma política de Estado perene e estável, tendo em vista a mudança constante de legislaturas em razão da própria estrutura democrática nacional e das ideologias de momento.

De modo diverso, as autarquias integrantes da Administração Pública Indireta Federal inserem-se em um escopo de maior previsibilidade e atendimento institucional a políticas públicas de longo prazo e pautam-se pela tecnicidade e insulamento institucional. Não são imunes a interferências externas, mas o grau de influência é menor, tendo em vista o regime jurídico administrativo, com as garantias dela típicas, a seus servidores.

O embate em torno da atribuição de autonomia e independência à autoridade monetária nacional na condução da política monetária encontra-se em crise na arena econômica e política, particularmente na relação entre governo e o Banco Central (Carvalho et al, 2010).

O motivo principal desse confronto se dá por razões políticas em razão da fixação da taxa de juros, referencial para a expansão da dívida pública, tendo em vista a possibilidade de ampliação ou restrição de crédito ao mercado nacional.

No ano de 2023, enquanto o atual governo do presidente Lula defendia que a taxa de juros nacional fixada pelo BC seria o dobro da inflação oficial medida pelo IPCA e na contramão das demais taxas de outros países (EUA e Europa), o BC sustentava cautela quanto a sua fixação sob o argumento de que a fixação dos juros em patamares mais elevados se justificaria em razão do acentuado risco inflacionário vivido em razão das crises fiscais pelo mundo.

Argumentou-se também pelo risco fiscal interno em razão das recentes medidas legislativas então estabelecidas de alteração do "teto de gastos", com repercussões na fixação de despesa pública, conforme novos parâmetros orçamentários inaugurados pela Lei Complementar n°. 200/2023, conhecida no meio orçamentário como o "novo arcabouço fiscal".

O debate se insere, nesse sentido, nas pressões de curto prazo, de viés político, e de longo prazo, de natureza institucional da autoridade monetária. Discute-se, quanto ao ponto pesquisado, se haveria o risco da captura do Banco Central a partir de mudanças a serem implementadas caso a PEC nº. 65/2023 seja aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional.

Como justificativa à mudança de personalidade da autoridade monetária, os Senadores autores da proposta alegam que a mudança significa um ganho de escala e a garantia de recursos financeiros para que as atividades institucionais do Banco Central sejam executadas sem constrangimentos financeiros em prol da sociedade.

O atual Presidente da autoridade monetária, Roberto Campos Neto, chancela a mudança legislativo constitucional, sob o argumento que a mudança para empresa pública constitui avanço institucional para o Brasil[198].

Diante da natureza rígida do texto Constitucional (Mendes, 1999), para a sua mudança estrutural, necessário *quórum* qualificado de 3/5 dos membros do Congresso Nacional e amplo debate legislativo em dois turnos de votação. Atualmente, a proposta encontra-se em

198 https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2024/03/bc-esta-disposto-a-sentar-com-governo-para-debater-autonomia-ampla-diz-campos-neto.shtml. Acesso em 22.04.2024.

fase de debate legislativo no Senado Federal e objeto de audiências públicas, com participação da sociedade civil e especialistas em política monetária.

O presente trabalho filia-se à linha argumentativa do corpo funcional do BC de que as repercussões quanto à alteração da personalidade ultrapassam as questões de maior liberdade financeiro/orçamentária, com risco à captura do Banco Central, sob o pretexto de nova conformação jurídica.

Conforme ideia extraída da PEC nº. 65/2023, sustenta-se que a autonomia será caracterizada pela ausência de vinculação a Ministério ou a qualquer órgão da Administração Pública e de tutela ou subordinação hierárquica.

No corpo de justificação legislativa da matéria, ratifica-se que a autoridade monetária possui autonomia operacional, mas carece de autonomia orçamentária e financeira, para o exercício da regulação junto ao SFN.

No ponto, a proposta de emenda não apresenta substancial explicação sobre o motivo que informa essa alteração, tampouco o que se pretende com isso. Apenas repete normativo atualmente vigente do BC, que nos termos de seu Regimento Interno [199], fixa que "o Banco Central do Brasil, criado pela Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é autarquia de natureza especial caracterizada pela ausência de vinculação a Ministério, de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira, com sede e foro na Capital da República e atuação em todo o território nacional" (art. 1º do Regimento Interno do Banco Central).

O discurso parlamentar e fundamentação legislativa dessa mudança estrutural se limitam pela necessidade de maior autonomia em razão da maior liberdade orçamentária e financeira, fora das amarras típicas do orçamento geral da União. Justifica-se, nesse ponto, que a ausência de subordinação às limitações legais da Lei de

199 Anexo à Resolução BCB nº. 340, de 21 de setembro de 2023.

Responsabilidade Fiscal (LRF) traria maior autonomia para o exercício funcional do BC.

Embora a existência de justificativa financeiro/orçamentária seja o principal argumento político de uma nova estruturação do BC, a atuação da regulação executiva por parte da autoridade monetária encontra limitações de ordem prática na medida em que, dentre as funções da autoridade monetária, encontra-se o exercício de regulação do SFN (art. 10, IX e X da Lei 4.595/1964) e o exercício do poder de polícia.

A regulação estatal é a parcela da atividade responsável pela intervenção do Estado na livre iniciativa. Recai sobre o domínio econômico colocando limites ao exercício do direito de propriedade, à celebração dos contratos e ao desempenho das atividades econômicas, impondo adicionais requisitos de validade e eficácia para o exercício da atividade empresarial e para os negócios jurídicos celebrados no âmbito do mercado. (Ribeiro; Freitas; Neves, 2017).

Nesse contexto, atribuir personalidade jurídica de direito privado à autoridade monetária causaria confusão entre o interesse público e privado e, consequente, na garantia de um sistema financeiro sólido e estável. Levado a efeito essa mudança, ao estabelecer ao BC configuração de empresa pública, a PEC n. 65/2023 submete-o ao regime jurídico predominantemente de direito privado, o qual coordena a convivência de particulares em ambiente de parcialidade e natureza especulativa (Luciano, 2024). Nesse contexto, o risco da captura é passível de ocorrência, tendo em vista que proposta mantém, na essência, a continuidade do "*poder de polícia, incluindo poderes de regulação, supervisão e resolução, na forma da lei*". Ocorre que essa especial prerrogativa advém de regime própria administrativo, não estando vinculado à noção do ambiente regulatório entre particulares. Trata-se, no aspecto administrativo, de expressão do poder de império estatal, espécie de atuação conferido ao Poder Executivo e não ao Legislativo, de modo que as disposições fixadas pela proposta de

emenda nos incisos I e II do §6º do art. 164 da CF/88 entraria em colisão com a separação de poderes[200]

Não se menciona na proposta de emenda, ainda, se haveria uma observância do Banco Central às diretrizes da Lei das Estatais, Lei n. 13.303/2016, aspecto este de precedência própria e olvidado pelos legisladores a fim de realizar um estudo do cabimento ou não de alteração da personalidade jurídica do BC.

Diante desse quadro fático, a nova configuração jurídica da autoridade monetária não está isenta de críticas e potenciais riscos na regulação do SFN. Embora possa se justificar que empecilhos financeiros de fato possam desvirtuar e impedir a atuação do BC, considerando as novas frentes da regulação da autoridade monetária, a autonomia técnica já fixada pele Lei Complementar 179/2021 possui os elementos normativos adequados para o exercício independente e autônomo da autoridade monetária. Ademais, trata-se de reforma legislativa recente e, inclusive, ratificada pelo Supremo Tribunal Federa na ADI 6696[201], assegurado a regularidade formal do instrumento legislativo complementar que conferiu autonomia ao BC.

---

200 Proposta de Emenda Constitucional nº. 65/2023: Art. 1º. A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 164. .... § 4º O Banco Central é instituição de natureza especial com autonomia técnica, operacional, administrativa, orçamentária e financeira, organizada sob a forma de empresa pública e dotada de poder de polícia, incluindo poderes de regulação, supervisão e resolução, na forma da lei. § 5º A vedação do inciso VI, "a", do art. 150 é extensiva ao Banco Central, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. § 6º Lei complementar, cuja iniciativa observará o disposto no caput do art. 61, disporá sobre os objetivos, a estrutura e a organização do Banco Central, asseguradas: I – a autonomia de gestão administrativa, contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial, sob supervisão do Congresso Nacional; II – a ausência de vinculação a Ministério ou a qualquer órgão da Administração Pública e de tutela ou subordinação hierárquica. § 7º A fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial do Banco Central, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, e pelo sistema de controle interno do Banco Central. § 8º A lei disporá sobre o relacionamento financeiro entre o Banco Central e a União." (NR)

201 É constitucional a Lei Complementar nº. 179/2021 que define os objetivos do Banco Central e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de

Ademais, não se encontra dentre os críticos da autonomia do BC (Bercovici, 2023) questões relacionadas à liberdade orçamentário-financeiro como pressuposto essencial para a autonomia da autoridade monetária. Inclusive, o BC possui atuação na regulação financeira, aspecto este sensível de atuação, não sendo o enquadramento privado o mais adequado ao seu exercício, diante do poder de polícia exercido em face dos atores regulados.

Nesse sentido, a proposta de emenda ao transformar o Banco Central em uma empresa pública suscita questionamentos e reflexões sobre as implicações dessa medida para a sua independência e atuação, considerados os aspectos do poder de polícia e das formas de ingerência política e de controle legislativo sobre sua atuação funcional.

No aspecto constitucional, há ainda análise quanto à possível inconstitucionalidade material da proposta de emenda por violação ao princípio da separação de poderes (art. 60, §4º, III da CF/88), haja vista a alteração do eixo de posição institucional do BC, pertencente à estrutura da Administração Pública Federal, para o Poder Legislativo, com controle exercido pelo auxílio do TCU.

O BC exerce um papel de relevância no Sistema Financeiro Nacional. A estabilização de sua institucionalidade inclusive dá segurança jurídica às suas manifestações. Consiste no guardião dos valores da nação, sendo por isso considerado como Banco dos Bancos[202]. Na estrutura administrativa nacional, é autarquia de natureza especial, criada pela Lei n. 4595/1964 e, atualmente, com autonomia fixada a partir da Lei Complementar n. 179/2021. Neste ponto, importante consignar que toda autarquia, no momento de sua criação, possui decerto autonomia para realizar atos típicos de

seu Presidente e de seus Diretores. ADI 6.696-DF Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator: Ricardo Lewandowski Julgamento: 26/08/2021 Publicação: 03/09/2021

202 Barbosa, Fernando de Holanda. "Política Monetária: Instrumentos, Objetivos e a Experiência Brasileira." In: SAWAYA, R. R. O plano real e a política econômica. São Paulo: Educ, 1996.

sua criação. Esse ponto possui certa aceitação doutrinária[203]. Uma autarquia é o ente criado por lei, com personalidade jurídica própria, para executar atividades típicas da Administração Pública, sendo responsável pela edição de atos, com assunção de direitos e deveres na Administração Pública[204].

No caso da autoridade monetária, a autonomia, insculpida pela legislação complementar, tornou-a com plena capacidade técnica quanto à fixação da taxa de juros e pela estabilização dos mandatos de seus diretores e presidente com períodos de exercício não coincidentes como o do chefe do executivo. Revela-se função sensível na condução da política monetária nacional. A importância é tamanha que possui fundamento constitucional e capítulo próprio[205].

As funções institucionais do Banco Central são diversas, dentre elas: a) manter a inflação baixa e estável; b) assegurar um sistema financeiro seguro e eficiente; c) deter as contas mais importantes do governo e ser o depositório das reservas internacionais; d) gerenciar o meio circulante, com funções de seu o emissor da moeda nacional a partir das diretrizes do Congresso Nacional.

Para o exercício de tantas funções relevantes, necessária a existência de um aparato legal e instrumental que garanta a observância das normas expedidas pelo BC e pela capacidade de sancionar da autarquia. Se da regulação a cargo dessa autoridade advém a autonomia técnica e operacional para o seu exercício, a regulação

203 Bandeira de Melo, Celso Antônio. "Curso de Direito Administrativo." 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, [ano da edição]. pp. 166-167.

204 O Decreto-Lei nº. 200/1967 define autarquia como um serviço autónomo, criado por lei, com personalidade jurídica, património e receitas próprias, para executar atividades típicas da Administração Pública. As autarquias são entidades administrativas que fazem parte da administração pública indireta e têm capacidade de autogestão

205 Art. 192 da CF/88. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 40, de 2003) (Vide Lei nº. 8.392, de 1991)

judicante é o meio adequado para que a autoridade monetária possa apurar e imputar responsabilidade.

É questionável a manutenção dessas prerrogativas típicas do direito administrativo a pessoa jurídica de direito privado. Uma vez aprovada a emenda, tais atribuições deixariam de ser de regime público, o que desnatura e retira a legitimidade institucional do BC ao exercício da regulação judicante, causando maiores problemas de ordem prática do que soluções pretendidas pela proposta de emenda.

3 INSTITUCIONALIDADE E INFLUÊNCIA POLÍTICA AO BANCO CENTRAL: OS RISCOS DA CAPTURA PARA A POLÍTICA MONETÁRIA

Se ambos os atores envolvidos (governo e autoridade monetária) buscam na estabilidade de preços o desenvolvimento econômico, os meios para tanto se diferenciam quanto à metodologia empregada. De um lado, a burocracia institucional do BC, com desenho de governança próprio e delimitado por uma série de normativos. De outro, o Poder Executivo, que na pessoa do mandatário, possui interesse no avanço econômico da nação, com repercussão, de preferência, imediata ante a temporalidade típica dos detentores de mandatos eletivos. De forma equivalente, o Poder Legislativo que possui parcela de influência e interesse na condução dos rumos econômicos nacionais, inclusive por instrumentos de controle que lhe são peculiares e objeto de menção expressa na proposta de emenda constitucional n. 65/2023, que se busca alterar a personalidade jurídica do Banco Central em empresa pública.

O governo de ocasião busca o resultado político de suas medidas e possuem um caráter imediato, de rápida solução e satisfação (Barkow, 2010). Nesse contexto, medidas abruptas de atuação da política no campo econômico são seguidas de risco econômico acentuado e a recente história nacional é testemunha de que, embora incialmente de boas intenções, o governo padece de uma visão de longo prazo

na condução dos anseios econômicos. Em fato histórico recente, no governo do Presidente Collor, houve o confisco da poupança com o objetivo de controlar a inflação, o que, além de críticas e abalo à poupança popular, em razão do sufoco monetário causado, trouxe grave crise econômica ao Brasil. Diante de gravosa intervenção executiva na formulação da política monetária nacional à época, houve, a partir de desenhos legislativos, avanços constitucionais, como a vedação da utilização de medidas provisórias que impliquem detenção ou sequestro de ativo financeiro (art. 62, d, II, da CF/88). Verifica-se que o Legislativo serviu de freio institucional aos avanços do Chefe do Executivo quanto à condução da poupança popular.

Atualmente, o mesmo não pode ser dito quanto à atuação legislativa. Diante dos instrumentos legítimos conferidos ao Chefe do Executivo e dos ritos próprios afetos à democracia popular, como a formação de coalizões e de promessas eleitorais, são lançadas diversas críticas à atuação da autoridade monetária, principalmente em relação à fixação da taxa básica de juros.

Atualmente, a crítica parlamentar, alinhada ao posicionamento do executivo, surge pouco efeito prático, considerando a forma de fixação da taxa básica de juros[206] mas mina a atuação do Banco Central perante a sociedade na condução da política monetária. A partir da Lei Complementar n. 179/2021, não há ingerência governamental direta no BC, tendo em vista a estabilidade de seus diretores e presidente. Embora não haja uma repercussão ao exercício funcional da autoridade monetária, existe forte influência parlamentar pelo discurso e pela pretensão da retirada da autonomia prevista em lei complementar.

Tramita no Congresso Nacional projeto de Lei Complementar (PLP) 19/23 que pretende retirar a autonomia do Banco Central, aprovada em 2021. Trata-se de uma tentativa legislativa de exercer controle pleno do BC e dos rumos da política monetária nacional em confronto ao art. 192 da CF.

206 Para maiores informação com relação à taxa básica de juros: https://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/1999/06/ri199906b3p.pdf

Ao contrário da atuação política do executivo e do legislativo, as entidades técnicas do Estado, dentre elas, o Banco Central pauta-se em contexto normativo próprio a partir de um conjunto de regras preestabelecidas pelo sistema legal, independente das vontades próprias de seus agentes. O agir destes depende da competência atribuída pela lei ou do ato normativo próprio que regula o funcionamento da autoridade monetária. Nesse aspecto, o modo de atuação atrela-se à noção de institucionalidade. Em um sentido mais amplo, este conceito abrange as regras, normas, procedimentos e estruturas que guiam e organizam as interações entre os membros de uma sociedade ou entre diferentes entidades. Há relevante influência, nesse contexto, como as decisões são tomadas, como o poder é distribuído e como os recursos são alocados. Assim, a institucionalidade desempenha um papel fundamental na determinação da estabilidade, eficácia e justiça de uma sociedade ou sistema. Nos aspectos da autoridade monetária, o objetivo é a estabilidade monetária em meio a fortes pressões de grupos políticos no sentido de se impulsionar o desenvolvimento nacional.

De um lado, a política de governo possui maior margem de atuação e discricionaridade para a condução das políticas públicas a partir dos programas eleitorais fixados pelos partidos. Nesse contexto, não se advoga que o mandatário do momento tenha total liberdade para a prática de atos à margem da lei. Há igualmente respeito ao ordenamento, mas com maior grau de discricionariedade de atuação para a defesa de uma agenda política estabelecida e própria de cada detentor de mandato eletivo.

No caso brasileiro, a discussão sobre a autonomia do Banco Central ganhou destaque com a proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº. 65/2023, que visa conferir maior autonomia à instituição a partir de sua mudança de personalidade jurídica autárquica especial para a configuração de pessoa jurídica de direito privado, empresa pública, com participação integral da União na sua configuração, aspecto próprio das empresas públicas, como a Caixa Econômica Federal (CEF). O texto da proposta de PEC altera o artigo 164 da CF/88

e, caso aprovada, será objeto de regulação por lei complementar para fixar essa nova organização.

A autonomia do Banco Central do Brasil (BC) foi estabelecida pela Lei Complementar nº. 179/2021, que modificou partes da Lei nº. 4.595/1964, que ordena o SFN. A autonomia do BC significa que o órgão e seus diretores têm liberdade para executar as políticas monetárias sem interferência do governo. O BC também tem autonomia para supervisionar e punir as instituições financeiras no Brasil, além de autorizar o funcionamento delas no território nacional. No entanto, a autonomia financeira do BC ainda não está completa, pois o BC depende do orçamento da União. Há uma predominância de pensamento entre os economistas de diversas escolas em favor da autonomia dos bancos centrais, tendo em conta o risco político correspondente ao descontrole monetário, em associação com o financiamento de déficits públicos (Verçosa, 2005).

Aspecto relevante do atual estado da arte que se encontra o BC é o risco de captura, que, para os fins do contexto da autoridade monetária, é a aproximação indesejada de atores políticos e do mercado na estrutura institucional da autoridade monetária. O distanciamento da política e do mercado financeiro consiste em equidistância necessária para a atuação dos instrumentos regulatórios do BC junto ao SFN. Sua aproximação aos entes regulados e ao legislativo, o torna um alvo fácil para que sua estrutura esteja a serviço de pressões políticas e de interesse de um grupo de interesse.

De acordo com a Teoria da Regulação Econômica proposta por Stigler, o Estado possui um poder/dever relevante em razão de seu monopólio e capacidade de sancionamento (Stigler, 1971). Ao deter a parcela fundamental de compelir comportamentos, a máquina estatal é origem de recursos ou restrições ao regulado. Soma-se a isso que a regulação pode ser benéfica ao agente econômico já consolidado no mercado ao viabilizar barreira de entrada aos demais participantes do ambiente competitivo. Segundo o estudioso, o poder político, ao deter a política de formação do agente regulador, tende a maximizar seus

interesses em prejuízo de um ambiente competitivo saudável, em que os atores econômicos atuem em condições equivalentes.

Quanto à proposta de emenda constitucional, a forma de controle da autoridade monetária é ambígua, pois confere ao Congresso Nacional, sem qualquer limitação constitucional, ampla ingerência da política na estrutura organizacional do BC. Na redação do projeto de emenda constitucional, em seu parágrafo 7º, estipula-se que a fiscalização

> "contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial do Banco Central, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas será exercida pelo Congresso, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, e pelo sistema de controle interno do Banco Central".

O BC, ao ser criado como autarquia especial, possui a natureza de permanência para além dos ciclos político-eleitorais. Sua criação decorre de que não é razoável que um grupo político de momento possa alterar e até desestruturar toda uma institucionalidade da autoridade monetária, que, recentemente, realizou profundas mudanças no sistema de pagamentos nacional.

No setor econômico-financeiro, em que a mudança e a evolução são constantes, análises regulatórias estanques ou baseadas em interesse político estão fadadas ao empobrecimento e ao ostracismo antecipado. A captura do BC pela mudança de sua estrutura pública para privada o engessa quanto às novas possibilidade recentemente verificadas no sistema de pagamento nacional.

Nesse sentido, de necessidade de evolução institucional, verifica-se que o PIX, sistema de pagamento instantâneo, tornou-se medida de inclusão bancária a uma sociedade antes excluída do sistema financeiro. Fácil e de simples operacionalização, a inovação permeia

todas as camadas sociais e em todos os cantos do Brasil[207]. Embora sujeito à análise e estudo específico, sem prejuízo de análises jurídicas quanto à privacidade de dados dos usuários, com base em dados estatísticos, a utilização desse novo modelo de pagamento indica, em um olhar perfunctório, maior bancarização da sociedade em razão da facilidade e a interoperabilidade desse sistema de pagamentos instantâneos iniciado pelo BC em 2020.

Inovações e avanços são sempre desejados, mas mudanças substanciais ou fundantes assim como a proposta demandariam analisar uma das funções essenciais de uma autoridade monetária, que é a regulação normativa e executiva dos integrantes do SFN.

Embora a existência de justificativa financeiro/orçamentária seja o principal argumento político da mudança da persona do BC, a atuação da regulação executiva por parte da autoridade monetária encontra limitações na medida em que o poder de polícia por autoridade monetária pode gerar confusão entre o interesse público e privado e, consequente, na garantia de um sistema financeiro sólido e estável. Levado a efeito essa mudança, ao dar ao BC configuração de empresa pública, a PEC nº. 65/2023 submete-o ao regime jurídico predominantemente de direito privado, o qual coordena a convivência de particulares, conforme a igualdade em ambiente especulativo. Há o risco da captura, tendo em vista que proposta mantém, na essência, a continuidade do "poder de polícia, incluindo poderes de regulação, supervisão e resolução, na forma da lei".

De acordo com Marçal Justen Filho[208], a teoria da captura é a utilização da estrutura pública como forma de proteção em benefício de setores de interesse. Há captura quando o ente público perde sua condição de autoridade e passa a produzir atos normativos e outros instrumentos regulatórios para legitimar o interesse empresarial do segmento econômico regulado. Além disso, há uma deturpação da

207 https://einvestidor.estadao.com.br/comportamento/pix-pelo-mundo-pagamento-instantaneo/. Acesso em 28.04.2024.

208 Justen Filho, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, PP. 369-370

finalidade pública dos setores burocráticos instituídos para a defesa dos setores regulados.

Mesmo que a PEC nº. 65/2023 venha a modificar o status legal do Bacen, o seu papel como prestadora de serviços públicos essenciais, e não como uma entidade de exploração econômica, não muda.

A decisão do STF na ADI 449-DF[209] reafirmou que o Bacen exerce funções típicas do Estado, como política monetária e supervisão financeira, e, portanto, deve seguir o regime estatutário da Lei 8.112/90, que é aplicável a entidades públicas que prestam serviços públicos essenciais. O STF concluiu que a aplicação do regime da CLT aos servidores do Bacen seria inconstitucional, dado que o Bacen não realiza atividades econômicas exploratórias, mas sim funções públicas de fiscalização e regulação.

A PEC nº. 65/2023, ao fixar uma modelagem privada para atuação da autoridade monetária, pode ser vista positivamente por esses agentes tendenciosos à prática da captura estatal, uma vez que a regulação em benefício próprio pode determinar uma posição relevante no mercado financeiro e eliminar competidores do sistema financeiro.

4 CONCLUSÃO

Diante dos elementos apresentados ao longo deste ensaio, a alteração da personalidade jurídica do Banco Central para uma empresa pública pode ser analisada sob a ótica da teoria da captura regulatória, pois essa mudança pode aumentar a susceptibilidade do BC a influências externas, tanto do governo, por meio de influência legislativa, quanto do setor financeiro regulado. A análise estritamente financeiro/orçamentário como forma de alterar substancialmente uma estrutura de Estado é insuficiente para uma nova e completa

209 Trata-se de Acórdão do STF de 1996 sobre o regime jurídico dos servidores do Banco Central (Bacen) e sua repercussão, se aplicável a CLT ou o Regime Único dos Servidores Federais.

conformação jurídica. Falta da análise critérios técnicos baseados em dados empíricos e estudos de casos para robustecer a justificativa técnica. A proteção contra a captura requer a manutenção de alto grau de autonomia e independência da autoridade monetária, assegurando que suas decisões sejam guiadas pelo interesse público e pela estabilidade econômica de longo prazo.

Os problemas diagnosticados pela mudança da personalidade viabilizariam um efeito deletério à autonomia institucional do BC. Interferências políticas e do mercado no processo de tomada de decisão agravaria o risco de captura e causaria incerteza quanto às interações entre a autoridade monetário e o Congresso Nacional. Do ponto de vista de pessoal, haveria considerável perda da independência técnica do corpo de funcional, facilitando a entrada de pessoas estranhas ao quadro permanente da entidade às funções de direção, chefia e assessoramento.

É preciso algo a mais, além da justificação técnico legislativa, de um aumento artificial do orçamento do BC como justificativa para o desenvolvimento da nação. Ele é fruto de realização de um projeto em comum. No campo da ciência política e econômica, com repercussão ao sistema jurídico, consiste em expressão de um projeto político (Furtado, 2007). O desenvolvimento compreende também mudanças estruturais que ocorrem a partir de um determinado sistema de valores e de uma determinada estrutura social.

A mudança constitucional, se aprovada, consiste em grave precedente que favorece a progressiva e paulatina retirada de órgãos de Estado, com relevantes funções públicas, regidas pelo regime público administrativo, como a CVM, SUSEP e CADE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Fernando de Holanda. **Política Monetária: Instrumentos, Objetivos e a Experiência Brasileira**. In: SAWAYA, R. R. *O plano real e a política econômica.* São Paulo: Educ, 1996.

BERCOVICI, Gilberto; MORAIS, Viviane Alves de**. A autonomia do Banco Central e a Constituição**. In: FACHIN, Luiz Edson; BARROSO, Luís Roberto; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *A Constituição da democracia em seus 35 anos.* Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BRASIL. Lei nº. 4.595, de 30 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL**.** Lei Complementar nº. 179, de 24 de fevereiro de 2021. Define os objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores; e altera artigo da Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp179.htm. Acesso em: 25 jun. 2024.

CARVALHO, Carlos Eduardo; OLIVEIRA, Giuliano Contento de; MONTEIRO, Marcelo Balloti. **O Banco Central do Brasil: Institucionalidade, Relações com o Estado e com a Sociedade Civil, Autonomia e Controle Democrático.** 2010.

FURTADO, Celso. Teoria e política do desenvolvimento econômico. 2. ed. São Paulo: Editora Fundo de Cultura, 1967.

JUSTEN FILHO, Marçal**. O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de**. Agências reguladoras e suas características. Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 218, p. 103-124, out./dez. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira**. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999.

STIGLER, George. **Teoria da regulação econômica**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte americano.* 2. ed. ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. (Coleção Capitalismo e Democracia).

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc**. Banco Centrais no Direito Comparado. O Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

"CONSTITUTIONAL HARDBALL" NA PRESIDÊNCIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: LIMITES PARA A ATUAÇÃO DO PRESIDENTE DA CASA PARLAMENTAR E CONSEQUÊNCIAS AO DESENHO CONSTITUCIONAL

"CONSTITUTIONAL HARDBALL" IN THE CHAMBER OF DEPUTIES: LIMITATIONS ON THE PRESIDENT'S ACTIONS AND CONSEQUENCES FOR THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

João Vitor Flavio de Oliveira Nogueira[210]

Resumo: A partir das terminologias relacionadas ao "constitutional hardball" e da abordagem estrutural dos direitos democráticos, este artigo analisa a Resolução nº. 11 de 2024 da Câmara dos Deputados, que alterou o Regimento Interno da Casa parlamentar. Nesse sentido, enfatiza-se as práticas do presidente da Câmara dos Deputados que se encontram em uma "zona cinzenta" de constitucionalidade. Para tanto, o processo de proposição, deliberação e votação da nova regra regimental é descrito. Em sequência, questiona-se o poder de propor a suspensão cautelar do mandato conferido à Mesa Diretora por meio de uma norma *interna corporis*. Ao final, pretende-se apontar os efeitos à representação política e à atuação de deputados e deputadas pertencentes a grupos historicamente subalternizados a partir da lente do direito antidiscriminatório.

Palavras-chave: Presidência da Câmara dos Deputados; Mesa Diretora; Regimento Interno; Jogo Duro Constitucional; Suspensão de Mandato Parlamentar.

Abstract: Based on the terminologies related to constitutional hardball and the structural approach to democratic rights, this article analyzes Resolution No. 11 of 2024 of the Chamber of Deputies, which

210 Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná, sob orientação da Professora Dra. Eneida Desiree Salgado. E-mail: joao.flavio@ufpr.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4865490518394468.

amended the Internal Regulations of the House of Representatives. In this sense, it emphasizes the practices of the Speaker of the Chamber of Deputies that are in a "grey zone" of constitutionality. To this end, the process of proposing, deliberating and voting on the new rule of procedure is described. Next, the power to propose the precautionary suspension of the mandate conferred on the Directing Board by an internal rule is questioned. In the end, the aim is to point out the effects on political representation and the performance of deputies belonging to historically subalternized groups through the lens of anti-discrimination law.

Keywords: Speaker of the Chamber of Deputies; Directing Board; Internal Regulations of the House of Representatives; Constitutional Hardball; Suspension of Parliamentary Mandate.

1 INTRODUÇÃO

Qual o limite do jogo político do presidente da Câmara dos Deputados nas relações de poder dentro do próprio Parlamento? Neste jogo, quem está acima: a Constituição ou o Regimento Interno? E se o presidente da Câmara jogar "fora das quatro linhas" da Constituição?

No campo político do Brasil, a barganha com o poder de pautar o pedido de impeachment, os embates diretos com ministros de Estado, o uso discriminatório do Regimento Interno nas tramitações legislativas, a tentativa de mudar entendimentos "pré-constitucionais" já consolidados como consensos políticos e a manipulação na votação sobre a manutenção da prisão de deputados aliados parecem constituir hipóteses de um "jogo duro constitucional" praticado por quem ocupa a presidência da Câmara dos Deputados. Neste contexto, recorre-se à metáfora de Mark Tushnet (2003) que utiliza "constitutional hardball" para designar as práticas de agentes políticos que, mesmo atuando dentro das fronteiras do lícito e do constitucional, extrapolam "barreiras pré-constitucionais, gerando tensões no sistema jurídico" (Kreuz, 2003).

Tushnet define "constitutional hardball" como uma estratégia adotada por políticos, relacionando suas práticas a períodos de transformação constitucional. Nesse sentido, a distinção das táticas perpetradas pelos agentes seria útil na separação de tempos de transformação e normalidade. Por isso, argumenta que os proponentes de uma mudança jogam contra entendimentos "pré-constitucionais" justamente para que possam substitui-los.

Uma particularidade de Tushnet que o difere, por exemplo, das ideias de Bruce Ackerman sobre os "momentos constitucionais", é sua crença de que os períodos de transformação constitucional podem ser extensos e não se resumem a "frames" na história (Tushnet, 2004, p. 532). Em resumo, a associação entre "constitutional hardball" e transformação constitucional busca explicar por que os limites do jogo político são mais altos nestes períodos. Tushnet chega a afirmar que, no "jogo duro constitucional", o campeão leva tudo e o perdedor perde tudo (Tushnet, 2004, p. 531).

Entretanto, embora reconhecida a potência do conceito, a relação com os períodos de transformação não é consenso. Neste ponto, Jack M. Balkin argumenta que nem todos os exemplos de "hardball" geram uma crise constitucional e que as mudanças no sistema constitucional estão sempre ocorrendo (Balkin, 2007, p. 597). Parece assumir, assim, a ideia de uma ordem constitucional permanentemente viva e dialética. Além do mais, Balkin alerta que, se a oposição às táticas de "hardball" é sutil ou não existente, as mudanças nos entendimentos constitucionais mais básicos dentro do jogo político podem ocorrer sem debate e escrutínio públicos (2007, p. 597).

Nas leituras sobre "constitutional hardball", os exemplos se voltam à história constitucional dos Estados Unidos da América e aos episódios em que os agentes políticos adotaram táticas destinadas tanto à incursão ao poder ("hardball" ofensivo) quanto à sua manutenção ("hardball" defensivo). Neste artigo, mais do que a disputa sobre a possível assimetria no "hardball" entre democratas e republicanos estadunidenses (Fishkin, Pozen, 2018; Bernstein, 2018), a referência ao conceito de Tushnet e aos seus derivados, como "anti-hardball"

e "beanball", tem como objetivo identificar a natureza de "zona cinzenta" de constitucionalidade de determinadas práticas sobretudo na Presidência da Câmara dos Deputados.

Para David. E. Pozen, um jogo político "anti-hardball" previne ciclos de "olho por olho e dente por dente" e diminui a temperatura das disputas políticas (Pozen, 2018, p. 950). Reduz, portanto, as chances de que um dos lados assuma um jogo duro para se evitar, também, uma retaliação em escalada. Já o conceito de "beanball" aprofunda o caráter antidemocrático das táticas adotadas. Com uma nova metáfora com referência ao baseball, "beanball" constitui uma prática totalmente antijogo, fora das regras básicas e que tem o intuito de atingir o jogador oponente (Shugerman, 2019, p. 85).

A preocupação de Jed Handelsman Shugerman caminha no sentido de identificar quando há a passagem do "hardball" ao "beanball", de modo a constituir táticas evidentemente antidemocráticas. Seu alerta é de que hoje a estratégia do "beanball" é menos explícita (Shugerman, 2019, p. 110). No contexto atual, o "beanball" não se dá, então, por meio de uma restrição formal a direitos políticos, como o voto, mas com o uso de manobras que criam desvantagens aos adversários.

Essas práticas de jogo duro que ultrapassam as "quatro linhas" cobrem-se com roupagens de legalidade e burocracia interna. Desiree Salgado, ao referir aos agentes domésticos de mitigação da democracia, explica que tais inimigos íntimos "agem sub-repticiamente, manobrando institutos democráticos, para justificar pretensões arcaicas e ditatoriais" (Salgado, 2016, p. 117). Na democracia brasileira, ao menos institucionalmente, é de se supor a intimidade do presidente da Câmara dos Deputados com a democracia, pois ocupa o trono do Parlamento. Resta-nos identificar, entretanto, a natureza de suas práticas.

Assim, a partir do uso desses conceitos, os questionamentos iniciais nos encaminham a olhar para as ações do presidente da Câmara dos Deputados que se revelam como um "jogo duro constitucional" e se inserem em uma "zona cinzenta" entre o constitucional e o

inconstitucional na busca por interesses exclusivamente pessoais e partidários. Neste artigo, em específico, selecionou-se para análise a proposição, tramitação e aprovação da Resolução n. 11 de 2024, que alterou o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD). A modificação teve como foco a possibilidade de suspensão do exercício do mandato parlamentar pela Presidência da Câmara e pela Mesa Diretora. O tema assume relevância no estudo da crise democrática e das ameaças ao exercício dos direitos políticos, sobretudo porque as táticas de "hardball" induzem a retaliação e aumentam as apostas de conflito partidário (Pozen, 2018, p. 950).

Deste modo, a suspeita inicial é que o desrespeito às regras, por vezes não escritas ou não expressamente declaradas, mas, ainda assim, tidas como entendimentos constitucionais postos e aceitos, manifesta-se como uma prática de "constitutional hardball" pelo presidente da Câmara dos Deputados. Na primeira seção após a introdução, o trabalho retoma um exemplo histórico para apresentar o contexto e a matéria da proposta de resolução. No tópico seguinte, há o cerne do artigo, com a identificação dos elementos de "jogo duro constitucional" que estiveram presentes na tramitação. Nesta parte, destaca-se que a descrição do rito no processo parlamentar se relaciona à abordagem que engloba o justo e legítimo processo democrático como parte da estrutura que compõe a dimensão do exercício dos direitos políticos. Nesse viés, explica-se a abordagem estrutural dos direitos democráticos, a partir de Yasmin Dawood.

Em sequência, identifica-se o paralelo com os sintomas de um sistema autocrático, em razão do "entrincheiramento" como técnica de manipulação e manutenção de poder. Com respaldo no direito antidiscriminatório, questiona-se em que medida esse superpoder atribuído à Mesa da Câmara dos Deputados poderá ser usado para perseguir parlamentares representantes de grupos subalternizados e da oposição e, ao mesmo tempo, de forma provocativa, se será invocado para propor a suspensão cautelar de mandato em razão de posturas racistas, misóginas, homofóbicas, em suma, preconceituosas. Ao final, em razão das consequências aos direitos políticos, propõe-se a relação

com o termo mais preciso dentro do debate sobre "constitutional hardball".

2 UM PRECEDENTE HISTÓRICO DE TRAGÉDIA E A PROPOSTA DE UM SUPERPODER DISCIPLINAR NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Era dezembro de 1963 e o *Diário do Congresso Nacional* registra na ata de sua sessão a seguinte passagem: "*(Estampidos. Tumulto) (Tumulto)*" (Brasil, 1963). Em seguida, o então presidente do Senado Federal[211] dá a ordem: "[o]s guardas retiram do plenário o Sr. Senador Silvestre Péricles. Solicito que façam o mesmo com o Senhor Senador Arnon de Melo. A sessão será suspensa"[212].

Em momento anterior ao tumulto, o comunicado da presidência já indicava o tom da sessão parlamentar: "[a]ntes de dar a palavra a S. Exa., a Presidência precisa declarar que manterá a ordem e o respeito indispensáveis no Senado, nos limites máximos de sua força". O que o Congresso brasileiro presenciaria logo após é o assassinato de um senador por um próprio colega parlamentar, dentro do plenário.

O texto da ata referente à sessão que ocorreu em 4 de dezembro daquele ano não é totalmente claro, mas, ainda assim, extrai-se que o então senador José Kairala[213] havia sido ferido e que o plenário tomaria conhecimento da dimensão do ocorrido. Antes da indicação do tumulto, Arnon de Mello tomou a palavra e assim proferiu seu discurso: "[s]r. Presidente, permita V. Exa. que eu faça o meu discurso olhando na direção do Sr. Senador Silvestre Péricles de Góis Monteiro, que ameaçou me matar, hoje, ao começar o meu discurso".

A partir da fala de Arnon de Mello, pai do primeiro presidente da República eleito após a Constituição de 1988, o Fernando Collor de Mello, percebe-se que o clima no Congresso brasileiro se mostrava

211 Senador Auro de Moura Andrade.

212 Os dois senadores nomeados eram representantes de Alagoas. As grafias tanto das atas da sessão do Senado quanto dos jornais da época indicam o sobrenome de Arnon com apenas um "l". Por fidelidade ao registro histórico, manteve-se assim.

213 Senador representante do Acre.

de tensão, inclusive, com ameaças de morte. O desfecho do caso não foi outro. O senador atingido, então suplente em sua última sessão na Casa parlamentar, faleceu em razão do tiro disparado pelo senador. No dia seguinte, o noticiário brasileiro publicou: "[t]ragédia no Senado: tiro de Arnon matou colega" (Última Hora, 1963).

O político responsável pelo tiro que assassinou o senador foi absolvido por legítima defesa e, no ponto que mais interessa a este trabalho, retornou ao exercício de seu mandato (Brasil, 1963). Assim, mais do que um caso relativo à seara penal em si, o registro histórico relata um episódio em que os embates no Parlamento brasileiro chegaram ao seu ápice, com o assassinato de um senador por um colega da Casa, sem que este parlamentar responsável perdesse ou tivesse suspenso seu mandato.

Passados pouco mais de sessenta anos desde a tragédia no Senado, já na vigência de outra Constituição, a Câmara dos Deputados registra a proposta de uma resolução com a intenção de alterar seu Regimento Interno (RICD): o Projeto de Resolução nº. 32 de 2024, com disposições sobre "medida cautelar de suspensão do exercício do mandato parlamentar", de autoria da própria Mesa Diretora. Na justificativa do projeto, assim se define seu objetivo primordial: "prevenir a ocorrência de confrontos desproporcionalmente acirrados entre parlamentares, que, em algumas ocasiões, têm culminado inclusive em embates físicos" (Brasil, 2024).

No mesmo sentido, a Mesa Diretora alega preocupação com "o ambiente parlamentar", "o funcionamento democrático" e "a imagem institucional do parlamento". Por último, qualifica as propostas de alteração do Regimento Interno como "mecanismos eficazes para coibir comportamentos agressivos e garantir que as discussões, por mais intensas que sejam, ocorram dentro dos parâmetros aceitáveis de civilidade e respeito".

Contextualmente, a proposição nasce de um cenário de polarização política em que deputados quase chegaram a vias de fato após sessão no próprio Conselho de Ética. Depois de uma semana que cortes de vídeos que revelavam os comportamentos dos parlamentares

viralizaram na internet, a alteração do RICD foi proposta em 11 de junho de 2024, dia em que também teve seu regime de urgência aprovado. Seu texto, ainda que alterado, foi votado, aprovado e promulgado menos de vinte e quatro horas depois.

3 O AVANÇO DA PRESIDÊNCIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS SOBRE O EXERCÍCIO DOS MANDATOS PARLAMENTARES E A INSTITUIÇÃO DE UM PODER DISCIPLINAR SEM CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Quem proporá a suspensão cautelar do exercício do mandato parlamentar do presidente da Câmara? Para investigar as implicações iniciais que esta questão tem revelado no jogo parlamentar brasileiro, parte-se da construção normativa da resolução que foi proposta (PRC n. 32/2024), com a análise, em sequência, do real texto que restou aprovado (Resolução n. 11 de 2024). Este estudo que busca abarcar tanto o elemento textual da regra quanto o tempo, o rito e o debate referentes ao processo parlamentar baseia-se na abordagem estrutural dos direitos de Yasmin Dawood, que propõe uma nova teoria para os direitos democráticos.

Para a professora da Universidade de Toronto, no coração da abordagem estrutural se encontra uma nova concepção de direitos, nomeada de "direitos estruturais" (Dawood, 2012, p. 503). Assim, converge-se com a ideia de que os direitos não existem no vácuo, mas, ao contrário, são definidos, mantidos e exercidos dentro de um determinado contexto social, político e, também, histórico. Há, portanto, na perspectiva de Dawood, um quadro institucional mais amplo. Além disso, embora tal abordagem possa ser aplicada a distintos direitos individuais, detém mais relevância em relação aos direitos democráticos.

Como um direito democrático por excelência, "o direito de votar, embora detido por indivíduos, não tem sentido na ausência de um conjunto de processos democráticos e instituições como eleições,

partidos políticos, círculos eleitorais, candidatos, órgãos de governo e similares" (Dawood, 2012, p. 503). Os direitos democráticos, portanto, possuem uma dimensão estrutural, porque o exercício individual desses direitos está umbilicalmente ligado à arquitetura e aos processos existentes em uma organização social e política.

Mesmo que inserida na abordagem estrutural, há uma peculiaridade na análise da alteração de um Regimento Interno, porque, mais do que as regras que se destinam à participação no processo eleitoral, trata-se de uma norma *interna corporis*. Neste ponto, o debate se torna mais complexo, pois, em que medida poderia haver um controle de constitucionalidade de uma regra do RICD? Em caso positivo, respeitaria os fundamentos da separação dos poderes permitir que o Judiciário julgasse o conteúdo dessas normas, com vistas, sobretudo, no artigo 51, inciso III, da Constituição de 1988[214]?

Antes de buscar as respostas a esses questionamentos, o caso da Resolução n. 11 de 2024 parece indicar outros elementos que devem ser pautados na investigação. Na origem do texto, a proposta de resolução tinha como finalidade adicionar o inciso XXX ao artigo 15 do Regimento Interno, que trata justamente sobre as competências e incumbências da Mesa Diretora. O novo poder seria: *"suspender cautelarmente o exercício do mandato parlamentar, nos termos do art. 10, III, do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, de Deputado Federal que seja submetido a representação por quebra de decoro parlamentar de autoria da Mesa"*. Como justificativa regimental para tanto, invocou-se outra competência da Mesa prevista no mesmo artigo 15: "VIII - adotar medidas adequadas para promover e valorizar o Poder Legislativo e resguardar o seu conceito perante a Nação".

A proposta constituía um sistema totalmente inquisitivo e autorreferencial, em que a Mesa seria autora da representação, julgaria a própria representação e, então, suspenderia cautelarmente o exercício do mandato parlamentar. Sem direito ao contraditório e a qualquer defesa prévia, a suspensão cautelar deveria ser, então,

214 "Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: (...) III - elaborar seu regimento interno;".

imediatamente comunicada ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, a quem caberia referendar a decisão em votação ostensiva no prazo de quinze dias, por maioria absoluta.

Dois motivos principais justificam a caracterização do avanço da Mesa Diretora como inquisitorial. Primeiro, porque na proposta original, era possível a suspensão cautelar *ad referendum* pela Presidência da Câmara, a partir do uso do dispositivo previsto no §1º do artigo 15 do RICD (na sua redação anterior à alteração). Não por acaso, a proposta de resolução foi nomeada de "AI-5 do Lira", em referência, por óbvio, ao ato institucional ditatorial de 13 de dezembro de 1968 que previa a suspensão dos direitos políticos naquele momento histórico, muito embora colocasse em seus "*considerandos*" iniciais que a "Revolução de 1964" estaria atendendo às "exigências de um sistema jurídico e político" e assegurando "autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana".

A conclusão histórica que isso acarreta é que, tal como o relatório da Resolução n. 11 de 2024, as justificativas de normas não podem ser lidas como fiéis às suas reais pretensões, muito menos descoladas de seu contexto, em especial aqui, do jogo político parlamentar. Por exemplo, no texto da proposta, argumenta-se que a mudança asseguraria "fortalecimento do processo democrático e a integridade das deliberações legislativas", mesmo que o contraditório e a defesa do parlamentar restassem prejudicados.

O segundo motivo se relaciona ao poder de perseguição parlamentar pela Mesa. De acordo com a regra proposta, o deputado representado que tivesse a suspensão referendada até poderia apresentar recurso ao plenário, sendo necessária a votação também da maioria absoluta para mantê-la. Mas não somente, a ideia continha a ambição de que um décimo dos deputados ou os líderes dessa porcentagem igualmente fossem legitimados para recorrer da decisão do Conselho de Ética, caso não referendasse a suspensão. Neste cenário que se pretendia formar, é pouco razoável imaginar que a Mesa Diretora não tenha no mínimo 52 deputados como apoio,

sobretudo quando se evidencia que a atual presidência foi eleita com 464 votos entre 513 deputados.

Um outro elemento desabona o processo democrático adotado para a aprovação da alteração regimental. A proposição foi aprovada em regime de urgência. Entretanto, o que caracteriza a urgência no processo parlamentar é justamente "a dispensa de exigências, interstícios ou formalidades regimentais" (artigo 152, *caput,* do RICD). Curiosamente, as discussões mais acaloradas se deram justamente nesta sessão do dia 11 de junho de 2024, quando não se pretendeu debater o mérito da matéria, mas tão somente a urgência. Em que pesem as oposições, ao final, decidiu-se que a matéria seria votada no dia seguinte, com o requerimento de urgência aprovado.

Iniciados os trabalhos no dia 12 de junho de 2024, o texto sofreu substanciais alterações. Deixou de ser um poder da Mesa Diretora suspender diretamente. Agora, o verbo é *propor* a suspensão[215]. Além disso, a oposição à presidência conseguiu inserir a exceção do uso *ad referendum* na hipótese do inciso XXX. Deste modo, regimentalmente, a decisão não pode ser apenas do presidente da Casa.

A despeito de todas as alterações e das posturas elogiosas dos parlamentares às negociações que se procederam no curto tempo, um elemento ainda é perigoso e manipulável: o próprio tempo. Com a regra aprovada, a Mesa Diretora tem cinco dias úteis a contar do conhecimento do fato que deu ensejo à representação para oferecer a suspensão (§2º, art. 15). O Conselho tem três dias úteis para referendar ou não (§3º, do art. 15). Caso não cumpra este prazo, a Mesa Diretora poderá submeter a suspensão ao plenário, nas mesmas condições de votação ostensiva e maioria absoluta (§6º, do art. 15).

Tanto o recurso quanto o envio da Mesa para o plenário serão feitos imediatamente na sessão subsequente. A rigor, então, é possível que em menos de uma semana um parlamentar da Câmara submetido

215 "XXX - propor a suspensão cautelar do exercício do mandato parlamentar, pelo prazo previsto no inciso III do caput do art. 10 do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, de Deputado Federal que seja submetido a representação por quebra de decoro parlamentar de autoria da Mesa".

à representação por quebra de decoro tenha seu exercício do mandato suspenso por seis meses. Nesta hipótese, um fato pode acontecer na segunda-feira. Na terça, a Mesa pode propor a suspensão. Na quarta (o principal dia do Congresso Nacional), o Conselho pode referendar. Na quinta, o plenário decide pela suspensão. Tudo em uma semana em que os cortes de vídeos da suposta quebra de decoro *viralizem* nas redes sociais e se tornem mais importantes do que a preocupação com um processo democrático justo e legítimo.

No entanto, dentro uma democracia constitucional, o direito estrutural ao exercício de um mandato parlamentar não pode ser analisado sem abarcar o devido processo de julgamento, a existência do contraditório e a ampla defesa, principalmente, por se tratar de um direito fundamental que será restringido. A punição de suspensão do exercício de um mandato parlamentar não atinge apenas quem o detém, mas também todo um grupo de eleitores que confiaram naquela representação política a defesa de seus interesses. Por essa razão, é mais razoável que haja uma averiguação cautelosa, com o respeito a um rito parlamentar de defesa, do que uma suspensão cautelar, pois essa sanção implica desde proibição de frequentar o plenário e as sessões até *"sem salário, sem gabinete e sem verba de gabinete"*[216].

Portanto, a aplicação da nova regra acarretará consequências estruturantes ao exercício do mandato, que parecem indicar ao fenômeno que Yasmin Dawood nomeia de "entrincheiramento legislativo" para se referir às práticas dos representantes contrárias aos interesses daqueles que o elegeram, mas que se destinam à criação de barreiras para o livre acesso ao exercício de direitos políticos e, simultaneamente, destinadas à perpetuação do poder (Dawood, 2012, p. 503).

Nesse sentido, Kim Lane Scheppele também se refere a um entrincheiramento como técnica antidemocrática. Em seu estudo

216 Foi assim que Arthur Lira (PP) explicou, durante a votação da urgência, ao deputado Alberto Fraga (PL). Este último pediu a palavra e, na tentativa de apaziguar os ânimos que já se afloravam na discussão, afirmou que o gabinete continuaria. De imediato, Lira (PP) responde que não, surpreendendo o parlamentar com a explicação de que a suspensão implica em ausência de salário, sem gabinete e sem verba de gabinete.

sobre *Autocratic Legalism*, Scheppele olha para o surgimento de um legalismo autocrático marcado por líderes carismáticos que passam a ser identificados pelo uso, abuso e não uso da lei, sobretudo em ataque a instituições que têm o papel de limitar o exercício do poder (Scheppele, 2018, p. 547). Deste modo, os novos autocratas não apenas se beneficiam da crise de confiança nas instituições públicas, como também utilizam a legitimidade de terem sido eleitos e aproveitam o poder da maioria para silenciar opositores.

Se uma das preocupações de Scheppele ao descrever o legalismo autocrático como prática de novos líderes políticos que minam internamente a democracia é propriamente a alteração constitucional e a manipulação de instrumentos para a perpetuação no poder, no caso das modificações do Regimento Interno, a análise se volta às manobras autocráticas no próprio processo estrutural do *locus* onde poderá haver as mudanças da Constituição: o Parlamento. Assim como nas regras que regem as eleições, no caso da alteração do RICD que cria a possibilidade da proposta de suspensão cautelar do exercício do mandato, os parlamentares são tanto os criadores quanto os sujeitos das normas (Dawood, 2012, p. 514). Entretanto, muito embora a alteração represente um avanço do poder disciplinar da Mesa Diretora sobre um direito dos próprios deputados, o texto foi aprovado com 400 votos "sim", 29 "não" e uma abstenção.

Tanto a abordagem estrutural quanto a identificação de um legalismo autocrático nos encaminham para uma leitura do "entrincheiramento legislativo" como técnica de manipulação e de concentração de superpoderes. O termo surge como uma possibilidade de leitura, pois se refere tanto à memória de uma técnica de estratégia de guerra quanto ao subsolo e ao subterrâneo. Nesse sentido, tais manipulações passam a se enraizar na estrutura democrática, minando liberdades políticas fundamentais. Não se trata de uma prática autocrática evidente, mas que se esconde nas trincheiras da legalidade e das regras regimentais.

Em oposição, o livre exercício dos mandatos, que "apenas por força da tradição pode ser chamado de mandato" (Salgado, 2012,

p. 35), avoca algo maior: a representação política e a base de sua legitimidade nos votos populares. No caso da Resolução n. 11 de 2024 que alterou o RICD, muito embora seja uma decisão tomada dentro do Parlamento, é preciso lembrar que, como ensina Desiree Salgado, "[a]s práticas democráticas não asseguram por si a legitimidade das decisões políticas" (2010, p.23). Isso porque, como também lembra Raoni Bielschowsky: "[f]alar em legitimidade é falar em justificação que se coloca em referência, semântica e simbólica, a uma rede de significados e valores que são, ao mesmo tempo, informados e construídos na cultura e que pretendem expressar o sentido de uma ordem justa" (2024, p. 25). Em uma democracia constitucional, o Poder Legislativo pode muito, mas não pode tudo, porque, essencialmente, o constitucionalismo não coaduna com superpoderes, mesmo que manifestados em processos internos ao Parlamento.

4 CONCLUSÃO

Embates calorosos e agressivos entre parlamentares não são novidade no Congresso Nacional. Falas preconceituosas também se mostram presentes. Ao mesmo tempo, a luta por maior representatividade política descritiva tem buscado seu espaço, sobretudo, a partir de uma política de presença. Esta tem em sua base a ideia de que os membros de grupos subalternos devem ocupar fisicamente os espaços de tomada de decisões políticas (García Guitián, 2001, p. 219), marcadamente com uma representação que se funda na correspondência de características entre a pessoa eleita e o grupo que seu mandato representa.

A suspensão do exercício de um mandato parlamentar tem impacto direto na representação política, que assume duas funções: de legitimidade e de governo (Lavalle; Houtzager; Castello, 2006, p. 60). Mesmo que por um único dia, a penalidade aplicada a um(a) parlamentar afeta um direito de suma importância ao funcionamento democrático, por isso, deve ser vista com cautela, não sendo

compatível com um procedimento que se autodenomina cautelar. Mais do que isso, mesmo com as alterações promovidas no texto da Resolução n. 11 de 2024, a conclusão que se chega, a partir da lente do direito antidiscriminatório, é que esta modificação não atinge todos os parlamentares de forma igualitária.

Como ensina Adilson Moreira, "[é] preciso deixar claro logo de início que questões de igualdade não podem ser discutidas a partir da premissa de que processos de exclusão social afetam apenas indivíduos" (2017, p. 397). Novamente, não se pode deixar de lado uma abordagem estrutural dos efeitos da aplicação da regra. Mesmo em um processo que *a priori* seja justo e legítimo, ainda assim, membros de grupos subalternos, dentro da atual conjuntura parlamentar brasileira, sofrem com a paridade na participação política que se sujeita a dois requisitos. Um primeiro de condição objetiva que diz respeito às "condições mínimas de bem-estar para que os indivíduos possam participar do jogo político" e um segundo intersubjetivo que se relaciona às demandas de reconhecimento (Moreira, 2023, p. 181).

Na configuração da Câmara dos Deputados de 2024, entretanto, parlamentares que integram grupos historicamente subalternizados na sociedade sujeitam-se à pressão de um bloco hegemônico de homens brancos e da elite econômica. Em plenário, estes constituem a maioria que julgará o que é um comportamento adequado, intimamente relacionado à "institucionalização de padrões culturais" (Moreira, 2023, p. 180).

A proposta nasceu de uma Mesa Diretora que historicamente foi comandada por homens. Ao contrário, inclusive, da Presidência da República e do Supremo Tribunal Federal, a presidência da Câmara dos Deputados é marcada por um comando exclusivamente masculino. A Casa "do povo" nunca teve eleita uma deputada para presidi-la, mesmo que se afirme que "[o] modelo dominante de representação política que organiza as democracias contemporâneas, cristalizado nos séculos XVIII, XIX e XX, entrelaçou legislativo como lócus da representação" (Lavalle; Houtzager; Castello, 2006, p. 57).

A nova regra simboliza mais um entrincheiramento ao exercício dos mandatos de parlamentares não hegemônicos. Nesse sentido, ameaça mais o direito democrático de uma deputada negra que não segue os padrões culturais da maioria da Casa parlamentar do que o direito democrático dos sujeitos políticos universais, entendidos como homens brancos e da elite econômica. A propósito, se acrescentar o adjetivo alagoano, Arnon de Mello e, por coincidência, Arthur Lira se enquadram nesta última descrição. Por fim, pesa mais contra membros de grupos minoritários, porque, com o uso da nova regra, sempre haverá a última cartada de jogar ao plenário para decisão, sem um devido processo com o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, no caso descrito da atuação do presidente da Câmara na aprovação da Resolução n. 11 de 2024, seu "hardball" foi tão longe que se aproxima mais do "beenball", porque resultou na restrição ao pleno exercício de um direito político: o mandato parlamentar. Mesmo que, ao final da aprovação, não se possibilitou a suspensão cautelar *ad referendum* pela presidência da Câmara, a proposta já sinaliza a elevação do nível das práticas do jogo político. Nesse sentido, Jed Handelsman Shugerman explica que a estratégia relacionada ao "beanball" rompe regras básicas na tentativa de eliminar outros jogadores da disputa (2019, p. 110).

Desta forma, o "beanball" constitui um estágio mais avançado e substancialmente antidemocrático do "hardball". Mark Tushnet já indicava uma característica do "constitutional hardball" que proporcionalmente parece crescer, então, no "beanball": os altos riscos para os jogadores. Afinal, no jogo duro, o perdedor perde tudo. Na alegada tentativa de "esfriar os ânimos" dos deputados e deputadas, a proposta eleva a temperatura da disputa parlamentar de forma assimétrica, com a criação no Regimento Interno de mais um superpoder à disposição para manobras e manipulação pela Mesa Diretora e daquele que a preside.

Uma abordagem estrutural dos direitos democráticos parece exigir, então, uma análise também do contexto institucional do processo legiferante e do jogo político parlamentar, sobretudo quando

se trata de um "jogo duro constitucional". A rigor, a proposta que resultou na Resolução n. 11 de 2024 revelou interesses relacionados ao avanço de um poder disciplinar da Mesa Diretora. No fundo, mesmo que não suspenda diretamente, constitui uma ameaça e um constrangimento ao livre exercício do mandato parlamentar de deputados e deputadas, a depender do bel-prazer e de um plenário que pode ser movido pela imediatez impulsiva. Ao fim e ao cabo, restam questões que a proposta coloca em evidência, mas uma em especial deve ser destacada: se o jogo for justo, quem proporá a suspensão do exercício do mandato parlamentar do presidente da Câmara se for ele o infrator? Possivelmente somente a prática política brasileira responderá.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALKIN, Jack M. Constitutional hardball and constitutional crises. **Columbia Law Review**, v. 26, p. 579, 2007.

BERNSTEIN, David E. Constitutional Hardball Yes, Asymmetric Not So Much. **Columbia Law Review**, v. 118, n. 8, p. 207-233, 2018.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura Constitucional:** fundamentos para uma Teoria da Constituição. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Ficha de Tramitação da Proposição nº. 2439876. 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2439876.

BRASIL. **Diário do Senado Federal n° 193 de 1963**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/10701?sequencia=4. Acesso em 26 de jun. de 2024.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.** Processo Histórico*:* Caso Arnon de Mello. 1963. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/gestao-do-conhecimento/centro-de-memoria-digital/documentos/processos-historicos/PROCESSOS%20HISTORICOS_caso%20arnon%20de%20mello.pdf. Acesso em: 05 de jul. de 2024.

DAWOOD, Yasmin. Electoral fairness and the law of democracy: A structural rights approach to judicial review. **University of Toronto Law Journal**, v. 62, n. 4, p. 499-561, 2012.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. The forms and limits of constitutions as political insurance. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 15, Issue 4, October 2017.

FISHKIN, Joseph; POZEN, David E. Asymmetric constitutional hardball. **Columbia Law Review**, v. 118, n. 3, p. 915-982, 2018.

JOBIM, Nelson. O Colégio de Líderes e a Câmara dos Deputados. **Cadernos de Pesquisa CEBRAP** (O desafio do Congresso Nacional: mudanças internas e consolidação institucional), São Paulo, n.3, nov. 1994.

KREUZ, Leticia. IMPEACHMENT COMO JOGO DURO CONSTITUCIONAL: DA RESPONSABILIZAÇÃO À REMOÇÃO DE GOVERNANTES INDESEJÁVEIS. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 28, n. 1, p. 6-24, 2023.

LAVALLE, Adrián Gurza, HOUTZAGER, Peter P., CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. **Lua Nova**, n. 67.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, n. 7, 2017.p. 397.

MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

POZEN, David E. Hardball and/as Anti-hardball. **NYUJ Legis. & Pub**. Pol'y, v. 21, 2018.

SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 1, p. 25-40, 2012.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, 2018.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Tese (Doutorado em Direito do Estado).

Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree; SOBREIRA, Renan Guedes. A Democracia no "Tapetão": a Justiça Eleitoral contra a soberania popular. *In*: AIETA, Vânia Siciliano; MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree (orgs). **Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 115 – 153).

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, vol. 85, no. 2, 2018.

SHUGERMAN, Jed Handelsman. Hardball vs. Beanball. **Columbia Law Review**, v. 119, n. 3, p. 85-122, 2019.

TUSHNET, Mark. Constitutional hardball. **37 J. Marshall L. Rev**. 523-553 (2004).

ÚLTIMA HORA. *Ano XIII, nº. 4.222*. Rio de Janeiro: Última Hora, 5 dez. 1963.

A DEFESA DA DEMOCRACIA EM TEMPOS ILIBERAIS: A DIREITA RADICAL E OS LIMITES À LIBERDADE POLÍTICA

DEFENDING DEMOCRACY IN ILLIBERAL TIMES: THE RADICAL RIGHT AND THE LIMITS ON POLITICAL FREEDOM

Fábio Candido do Prado[217]

Resumo: O presente estudo examina o fenômeno do populismo de direita radical e seu impacto em democracias constitucionais, de matiz liberal/social, por meio de um programa político que promove a construção de um regime democrático-iliberal. Diferenciando-o de outras classificações (como 'extrema-direita'), usualmente utilizadas de forma intercambiável, procura-se elucidar algumas de suas características mais predominantes. Explorando suas consequências para a ordem jurídico-política, defende-se que é possível o uso de instrumentos legais para se opor às suas ameaças únicas. Em especial, por meio das três principais correntes de autodefesa democrática (social, procedimental e neomilitante/neodefensiva), nascidas e desenvolvidas a partir da teoria militante de Karl Loewenstein. Conclui-se que a 'antidemocracia' não seria entendida apenas como um atentado ao modelo de auto governança popular à nível procedimental. Mas uma vez figurada a ordem democrática em termos substanciais, é possível compreender direita radical e o iliberalismo como ameaças antidemocráticas endógenas na forma da teleologia constitucional.

Palavras-chave: Democracia Constitucional; Iliberalismo; Autodefesa Democrática; Direita Radical; Liberdade Política; Populismo.

Abstract: The present study examines the phenomenon of radical right-wing populism and its impact on liberal/social

217 Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas, menção em direito constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Email: adv.fabiocprado@gmail.com. Lattes : http://lattes.cnpq.br/9509343501690899.

constitutional democracies through a political program that promotes the construction of an illiberal-democratic regime. By distinguishing it from other classifications (such as "extreme-right"), which are often used interchangeably, the study seeks to elucidate some of its most predominant characteristics. Exploring its consequences for the legal-political order, the study argues that it is possible to use legal instruments to oppose its unique threats. In particular, through the three main currents of democratic self-defense (social, procedural, and neomilitant/neodefensive), born and developed from Karl Loewenstein's militant democracy theory. It concludes that 'anti-democracy' should not be understood merely as an attack on the procedural model of popular self-governance. Rather, once the democratic order is conceived in substantive terms, radical right-wing and illiberalism can be understood as endogenous anti-democratic threats within the framework of constitutional teleology.

Keywords: Constitutional Democracy; Illiberalism; Democratic Self-defense; Radical Right; Political Freedom; Populism.

1 INTRODUÇÃO

Estruturado em três capítulos, o presente estudo possui o condão de investigar a ascensão e as implicações sobre o desenvolvimento de uma nova categoria no espectro político, denominada de direita radical. O primeiro capítulo se propõe a explicar e descrever na realidade prática a confusão de nomenclaturas que acompanha esse novo episódio nas democracias contemporâneas. Desafiando concepções anteriores que agregam ambos os subtipos, radical e extremista, dentro de uma mesma classificação, pretende-se identificar na rejeição à democracia o critério diferenciador entre estas duas correntes da *"far-right"*. O autogoverno popular, a menor fração descritiva da democracia como minimalismo procedimental, ofereceria à ambos os espectros ideológicos, liberal ou iliberal, a possibilidade genuína de se identificarem como 'democráticos'. Ao fim, apesar de possuir

diversos aspectos comuns, cruzamentos socioculturais, se defenderá que a direita radical se constitui categoria autônoma ao extremismo de direita.

Em um segundo momento, conceitos e definições ao populismo, iliberalismo e democracia são apresentados na tentativa de esclarecer a posição doutrinária em favor do entendimento suscitado. Apresenta-se também algumas considerações em relação as três principais correntes de autodefesa democrática desenvolvidas a partir da teoria militante de Karl Loewenstein. Por fim, o terceiro capítulo pretende abordar algumas questões em relação à liberdade política e os limites desta, ao exercício político de uma democracia constitucional constrita, bem como desenhar sua relação com os conceitos de iliberalismo democrático e de direita radical desenvolvidos até então. Utilizando-se de uma abordagem qualitativa, auxiliada pela leitura de artigos, livros e outros escritos acadêmicos, a pesquisa se utiliza de uma revisão sistemática da literatura mais recente sobre o tema, procurando ser, dentro do possível, uma revisão integrativa do debate em questão.

2 A DIREITA RADICAL COMO CATEGORIA AUTÔNOMA

A tarefa de consolidação e manutenção das democracias no contexto contemporâneo enfrenta desafios incomuns em comparação com as crises do século XX. Exacerbados por movimentos populistas de direita radical (PRR), atos de oposição política frequentemente se confundem com práticas antidemocráticas, vedadas pela leitura sistêmica e finalística do texto constitucional. Paralelamente, atentados contra a ordem democrática são frequentemente rotulados como mero exercício das liberdades políticas. Deste modo, não é de se surpreender que conceitos e teorias como a Democracia Militante/Defensiva (*Wehrhafte Demokratie*), tenham ressurgido com força no plano acadêmico e jurisprudencial como possíveis resposta à estas inseguranças que se amontam.

Gestada no período entreguerras pelos escritos do notório Karl Loewenstein (1937a; 1937b), a Democracia Defensiva deu origem, ou ao menos popularizou, à tese de que incumbe aos regimes democráticos o direito-dever de impedirem seu fim objetivo através do uso/abuso de suas liberdades. No caso de Loewenstein a resposta viria na manutenção inequívoca de medidas atípicas e emergenciais. A suspensão temporária de direitos e liberdades civis, em algo similar a um Estado de Exceção para lidar com seus inimigos internos e o emocionalismo político subversivo (Loewenstein, 1937b). Uma resposta voraz do dilema democrático – a dúvida se democracias podem restringir liberdades políticas para impedir seu fim, ainda que por meios democráticos – e à posição dada pelo tão criticado neutralismo Kelseniano, que passivamente encarava o fim democrático com destemor estoico:

> Deve-se permanecer fiel ao seu estandarte, mesmo que o navio esteja afundando; e só pode levar consigo a esperança de que o ideal de liberdade é indestrutível e que, quanto mais profundo afundar, com mais paixão renascerá (Kelsen, 2006, p. 237, tradução nossa).

Por mais que grandes sectos da filosofia política tenham vociferado reservas incontornáveis à lógica limitante, diversas democracias constitucionais ao longo do século passado incorporam elementos normativos que dão forma e cor ao sistema auto defensivo. Portanto, à despeito das críticas que se possa fazer ao elemento draconiano da proposta de Loewenstein – justas, diga-se de passagem –, ao senso comum pareceria óbvio voltar a atenção e esforços às táticas jurídico-políticas que tão utilmente se opuseram às ameaças autoritárias endógenas durante a segunda metade do século XX. Afinal, o militantismo serviu de pontapé a uma virada no design e arquitetura constitucional. Deu-se início a uma tendência que seguiria por muitos anos, marcada pela "aversão constitucional ao risco" (Thiel, 2009,

p. 383, tradução nossa) e delimitação das liberdades política em um "modelo democrático constrito" (Larsen, 2023, p. 77, tradução nossa). Relembrando a bela metáfora proposta por Jan-Werner Müller (2014, p. 145, tradução nossa), "[...] foi como Ulisses se amarrando ao mastro para resistir aos cantos das sereias de vozes iliberais e antidemocráticas no futuro". Três correntes de autodefesa democrática seriam geradas a partir dali: Procedimentais, (Neo)Militantes e Sociais (Malkopoulou; Norman, 2018), cada uma responsável por garantir a manutenção da democracia sob diferentes aspectos da atividade política de um país.

Fato é que, o desenvolvimento de ferramentas capazes de lidar com essa nova direita se demonstrou muito mais complexa do que a verificação de um simples sofisma, ou uma subsunção mecanicista. Há uma disputa em curso nos estudos sobre democracia e democratização sobre qual a classificação mais adequada para enquadrar essa nova categoria política. De termos que vão de autoritarismo competitivo e regimes híbridos (Levitsky; Way, 2010), às autocracias eleitorais (Lührmann; Tannenberg; Lindberg, 2018), pós-fascismo (Traverso, 2018), *"neopatriotic far-right"* (Sanahuja; Burian; Vitelli, 2023, p. 114), *"democratic backsliding"* (Haggard; Kaufman, 2021), *"democratic erosion"* (Ginsburg; Huq, 2018, p. 173), *"fascism-lite"* (McGaughey, 2018), entre tantos outros, não é pequena a literatura que sem se dedicado a estudar os meandros da nova direita internacional como fenômeno, ou procurar enquadrá-la em alguma tipologia pré-existente. Contudo, por mais que alguns autores relutem em admitir, o fenômeno em mãos não se trata de uma mera reformatação das práticas antidemocráticas do autoritarismo clássico, seja na forma do (neo)nazifascismo, ou mesmo uma revisitação aos deploráveis regimes militares do Sul Global. Conforme Cas Mudde (2019) leciona, há razões bastante sólidas para compreendê-los como um fenômeno distinto.

Seguindo a explicação feita por Mudde, a 'Direita Radical' e a 'Extrema-Direita', apesar de possuírem pontos de cruzamento ideológico, trata-se de duas categorias distintas do espectro da *"Far-Right"* (2019, p. 18). Há dois pontos principais que às distinguiriam: em primeiro lugar, a extrema-direita apresentaria um caráter

eminentemente revolucionário, onde o uso da violência se apresenta como ferramenta política de transformação do Estado; em segundo lugar, a extrema-direita se expressa na forma de uma rejeição completa do ideal democrático em qualquer um de seus termos, seja procedimental-minimalista, ou substancial-maximalista. Ou seja, não necessariamente antidemocráticas *per se*, a direita radical se referiria a grupos que operam fora da corrente política dominante – ao menos até pouco tempo atrás –, mas que não ameaçam diretamente sua ordem política. Por outro lado, a extrema-direita está diretamente associada a ideia de subversão do Estado.

Por sua vez, Jean Rydgren (2018) traz uma explicação bastante similar. A direita radical se caracterizaria por uma ideologia centrada na ideia de uma nação etnicamente homogênea, etnonacionalismo e o retorno a valores tradicionais em um ultra reacionarismo. Esses movimentos frequentemente se utilizam da retórica populista, acusando as elites de priorizarem o internacionalismo em detrimento dos interesses nacionais e do povo. Entendendo que sua identidade nacional e cultural está sob ameaça, a direita radical sustenta cabe à soberania popular majoritária o direito de preservar seus valores de homogeneidade cultural e universalismo (Rydgren, 2018). Consequentemente, a xenofobia, especialmente contra imigrantes, aparece como traços comuns ao movimento em parceria ao anti-establishment. No caso europeu-ocidental, a imigração e entidades supranacionais como a União Europeia, aparecem como alvos principais. Nesse viés, sustentam uma a marginalização contínua da heterogeneidade por 'meios democráticos'.

> A direita radical geralmente não se opõe à democracia em si, embora seja tipicamente hostil ao funcionamento das instituições democráticas existentes. Esses partidos argumentam que representam a verdadeira democracia, em contraste com a "falsa" democracia que acreditam caracterizar as sociedades contemporâneas. [...] Apesar de

> aceitarem a democracia procedimental, sua sociedade ideal é uma etnocracia, o que se contrapõe aos valores pluralistas da democracia liberal (Rydgren, 2018, p. 26, tradução nossa).

De acordo com Michael Minkenberg e Zsuzsanna Végh (2023), o movimento em um contexto geral seria definido principalmente pelos critérios ideológicos de um ultranacionalismo romântico, onde o mito de uma nação homogênea, colocam o indivíduo e seus direitos civis em segundo plano em favor de uma democracia radical e universalista schmittiana. Deste modo, o PRR se expressa como uma revolta direcionada especificamente à democracia em sua formatação liberal e pluralista, embora não seja necessariamente favorável a um Estado ditatorial 'fascista' (Minkenberg; Végh, 2023). Adota-se uma abordagem reformista, de modo que as semelhanças em relação ao extremismo residem do compartilhamento de valores socioculturais comuns, como o exclusivismo etnográfico e o ultranacionalismo, porém, diferindo em seus métodos e objetivos.

A direita radical, nestes termos, sofre com uma certa ausência de literatura vis-à-vis outros conceitos como o 'populismo', 'autoritarismo' ou 'fascismo'. Estes, por outro lado, já bastante difundidos na academia. Ao elemento populista do populismo de direita radical (PRR), há algumas inquietações quanto a sua relação com a democracia, se seria ou não uma prática incompatível com um mínimo procedimental schumpeteriano, ou ainda aos critérios muito mais rigorosos da poliarquia de Robert Dahl (1971). Não exploraremos à fundo esse debate específico, basta-nos dizer que seguimos o entendimento de que não há razão suficiente para sustentar tal incompatibilidade.

Correntes que simpatizam com definições consensuais, costumam empregar atributos normativos de cunho liberal, enquanto outros observam no majoritarianismo a menor fração do autogoverno popular (Riedel, 2017). Ao ponto de autores como entenderem que o populismo poderia até mesmo representar um resgate/revolta contemporâneo(a) à participação popular de um sistema

democrático-liberal elitista, um corretivo por assim dizer (Laclau, 2005; Eatwell; Goodwin 2018). Alternativamente, compreendida como procedimento de autogoverno popular, na razão shumpteriana, "O que é 'democrático' depende dos valores que se atribuem à democracia. A distinção que determina a resposta está entre as concepções minimalistas e maximalistas de democracia." (Przeworski, 2024, p. 1).

Nos afixamos à compreensão do populismo como uma prática de retórica política (Norris; Inglehart, 2019), *quasi*-instrumental, é passível se ser incorporada a qualquer ideologia matriz (Landemore, 2020; Moffitt, 2016; Riedel, 2017; Minkenberg; Végh, 2023). Por consequência, entendemos que o elemento de aproximação ou distanciamento da democracia e populismo dependerá, necessariamente, da perspectiva e critérios que se adote ao primeiro, sopesados em relação aos reflexos da ideologia matriz ao populismo retórico específico. Não por acaso, Juliana Cesario Alvim Gomes (2022) viria a questionar, "Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente?". Dito isto, cabe ressaltar um ponto essencial. Enquanto no norte global a imigração aparece como principal alvo da doutrina etnopluralista centrada na pureza racial do *etnos*, ao sul global as condições pós-coloniais e de modernização não finalizada implicam em uma estrutura distinta de identificação, ao passo em que o fundamentalismo religioso aparece mais fortemente como núcleo hegemônico (Vargas-Maia; Pinheiro-Machado, 2023).

Por fim, a importância de se atentar essa distinção tem como objetivo descobrir quais as ferramentas mais adequadas para imprimir a defesa da democracia constitucional. Dentro dos diferentes modelos democrático-constitucionais, a separação entre uma priorização procedimentalista (minimalista) e uma ótica substancial (maximalista), ainda se faz relevante na medida em que delimitam o exercício politológico e sua esfera de atuação. Tendo isso em vista, entendemos que diferenciar a direita radical da extrema direita dá ao sistema político-jurídico um direcionamento, uma vantagem auto defensiva específica. Se por um lado os institutos constitucionais

voltados à proteção da democracia em termos procedimentais dão conta da atividade política extremista, à direita radical sua aplicação se torna ineficaz. De outro modo, nestes casos somente o caráter maximalista do sistema democrático será suficiente salvaguarda para dar conta da ameaça representada pelo PRR.

3 O POPULISMO, ILIBERALISMO E DEMOCRACIA

Em 26 de Julho de 2014, na cidade romena de Băile Tuşnad, o Primeiro-Ministro Húngaro Viktor Orbán proferiria um discurso histórico, que apesar de não inaugurar o conceito em mãos, jogou luz a um problema que, até então, pouco havia sido esclarecido pela academia:

> [...] nesse sentido, o novo estado que estamos construindo na Hungria é um estado iliberal, um estado não liberal. Ele não rejeita os princípios fundamentais do liberalismo, como a liberdade, e eu poderia listar alguns outros, mas não faz dessa ideologia o elemento central da organização do estado, incluindo, em vez disso, uma abordagem diferente, especial e nacional (Orbán, 2014, tradução nossa).

Paralelamente à discussão sobre a direita radical, o iliberalismo democrático segue logo atrás como outra expressão pouco explorada, mas muito importante na estratégia de autodefesa democrática. Termo inaugurado por Fareed Zakaria (1997; 2003), o iliberalismo surge na década de noventa como uma antítese ao liberalismo dominante na arena internacional. Porém, mais do que isto, o iliberalismo não se limita a ser um simples contraponto ao liberalismo; ele emerge de suas fissuras, deixadas pela agenda neoliberal contemporânea e de um elitismo segregador (Mounk, 2018). Adaptando-se às diversas

realidades nacionais e culturais em que se insere, trata-se de um movimento que respira em sintonia com as frustrações do presente.

Em termos gerais, o Iliberalismo não deve ser entendido meramente como a negação do liberalismo, mas sim como uma resposta crítica, um desencanto amargurado. Seguindo a explicação bastante lúcida de Marlene Laurelle (2022), a autora identifica cinco *"scripts"* próprios para contestação: político, econômico, cultural, geopolítico e civilizacional. Como ideologia pós-liberal, emerge em contextos de fragilidade ocasionada pelo fracasso de seu programa político, desilusões com suas promessas ou reflexo de falhas anteriores. No entanto, ao invés de simplesmente se opor modelo rival, frequentemente adota uma postura de ataque interno, utilizando os próprios conceitos e instituições do liberalismo para contestá-lo. Muitas vezes bastante exitosos em demonstrar certas incongruências e/ou hipocrisias.

Em alguns casos, por exemplo, prega-se a restauração da soberania nacional, em clara oposição às instituições supranacionais e multilaterais que marcam o cenário global atual. No campo econômico, o iliberalismo muitas vezes denuncia o neoliberalismo como uma ortodoxia desastrosa, inclusive, promovendo uma retórica protecionista, vide os constantes ataques de Viktor Orbán ao mercado financeiro ocidental (Plattner, 2019; Sebők; Simons, 2022), ou as críticas contundentes de Giogia Meloni ao neocolonialismo predatório do capital francês à países africanos (Reality Check Team, 2023; Leali, 2022). Na defesa de soluções que se fundamentam na maioria e na centralidade da nação, culturalmente o iliberalismo rejeita as mudanças sociais associadas à centralidade do indivíduo da lógica liberal. Nesse sentido, com consequências especialmente no que diz respeito ao direito de minorias e à diversidade de gênero. Geopoliticamente, pode assumir formas diferentes, como o apoio ao nacionalismo soberanista, à defesa de uma visão tradicionalista da sociedade completamente aversiva a instituições multilaterais. De todo modo, há sempre a presença constante de um fio condutor, um

núcleo ideológico, a rejeição ao liberalismo contemporâneo em algum de seus aspectos.

Promovendo uma visão de democracia baseada exclusivamente no majoritarismo, sem os componentes institucionais que garantem a proteção de direitos e a pluralidade política, o iliberalismo frequentemente tenta dissociar democracia de sua formatação liberal. Utilizando-se do conceito weberiano sobre *"plebiscitarian leadership democracy",* para András Sajó (2021), a democracia iliberal se apresenta como a outra face da moeda democrática, apenas a expressão mais recente da democracia de massas. Pautada na aclamação plebiscitária, Sajó (2021) reforça considerações que já haviam sido identificadas por Mounk (2018), porquanto a democracia iliberal não é uma negação do autogoverno popular, mas uma visão alternativa que suprime instituições independentes, direitos individuais e sociais, e quaisquer outras restrições que impõem limites à atividade política. Como termo guarda-chuva, o iliberalismo inclui diferentes tipos de oposição à democracia liberal. Alguns indivíduos e grupos podem ser antiliberais, mas ainda assim defender a democracia em sua forma majoritária, enquanto outros podem ser antiliberais e antidemocráticos ao mesmo tempo. Tal como o populismo, a tonalidade que o iliberalismo adotará dependerá de outras ideologias à qual se atrelará, de modo que Laurelle (2022) entende que se tratar de uma *"thin-ideology"*.

Na prática, a distinção entre esses subtipos é fundamental. Enquanto regimes de extrema direita também podem ser considerados iliberais, sua rejeição aberta à democracia em favor de um regime autoritário não necessariamente será a mesma em outras classificações do espectro político. Para tanto, aproximações entre os ideais iliberais e às características da direita radical levam a crer que há no PRR a expressão prática do iliberalismo em sua vertente democrática. Espada de Dâmocles até então ignorada, por onde o critério majoritário é levado às últimas consequências.

> Ao contrário dos fascistas ou nazistas do período entre guerras, os partidos mais bem-sucedidos atualmente

> não buscam substituir a democracia por algum tipo de regime autoritário, mas promovem um conceito estreito e 'iliberal' de democracia (Arzheimer, 2018, p. 201).
>
> Em seu cerne, a ideia de democracia iliberal consiste em contestar a ordem liberal e o arranjo institucional a ela associado, refletido no questionamento de princípios como o estado de direito ou o respeito pelos direitos das minorias, bem como na glorificação do governo da maioria. Isso é acompanhado por tentativas de restringir a autonomia de instituições anteriormente independentes (como tribunais constitucionais, tribunais gerais) e de obter controle político sobre os meios de comunicação públicos (Mazur, 2021, p. 103).

Não contestamos que encarar a democracia iliberal como integrante ao rol democrático é difícil de digerir e deve sempre ser feito com muita relutância. Alguns autores como Jan-Werner Müller (2021) recusam o uso dessa terminologia quando aplicada a alguns regimes, como caso húngaro de Órban. Embora não contestem o termo em si. Entretanto, o raciocínio não deixa de ser menos verossímil em razão disto. Para Sajó (2019), o PRR esvaziaria a democracia enquanto oferece em seu lugar um conceito superficial, ainda que difícil de se rejeitar. Gradualmente tendenciado à transformação em uma autocracia eleitoral, conclui que se trata da legitimação tirânica de uma maioria sem amarras e com poderes ilimitados. Por mais que tenha sido combatida por Tocqueville (2019), Madison no *"federalist No. 10"* (1797) e boa parte da teoria política do século passado, a ideia de uma democracia majoritária ainda persiste. Afirma, "caminha como um pato" (Sajó, 2019, p. 189), mas de todo modo, ainda se trata de uma democracia.

4 OS LIMITES À LIBERDADE POLÍTICA

Finda exposição geral destas teorias, algumas perguntas óbvias seguem. – *Como então impedir o populismo de direita radical, em seu iliberalismo democrático, de participar do mercado aberto de ideias e da arena eleitoral cotidiana?* –. Mais, – *É legitimo que se faça impedimentos desta natureza?* –. Essas dúvidas de forma alguma são novas à ciência e filosofia política. Em grande parte, a primeira metade do século XX foi terreno profícuo para essa contenda, o debate sobre o dilema democrático. Já expusemos anteriormente que Loewenstein e Kelsen possuíam perspectivas diametralmente opostas. De acordo com Malkopoulou e Norman (2019), tradicionalmente focada na proibição de partidos e associações que ameacem a ordem democrática de um país, a resposta de Loewenstein não se prova necessariamente a melhor. Porém, atuou como ponto de início de uma corrida ao ouro, cujo prêmio era a descoberta de um equilíbrio único entre a necessidade de estabilidade/segurança ao regime, e a defesa de uma liberdade democrática.

Dito isto, uma pletora de autores procurou desenvolver uma teoria geral da democracia militante, que pudesse dar conta do desafio filosófico que ali se impunha, ao mesmo tempo em que se tentava transportar sua equação à cada uma das democracias constitucionais existentes. Àqueles que adotavam uma postura defensiva/militante, três correntes se desenvolveriam a partir dali: a) Neomilitantes - voltadas à limitação de ideologias/segmentos antidemocráticos, por meio de restrições à liberdades e direitos políticos, sejam eles individuais ou coletivos (Sajó, 2012; Capoccia, 2005; 2013; Fox, Nolte 1995; Thiel, 2009; Tyulkina, 2015); b) Sociais – herdadas de Hermann Heller, visam o fortalecimento do núcleo através de políticas públicas inclusivas, educação e bem-estar (Malkopoulou, Norman 2018; Kaltwasser 2019; Näsström 2021); c) Procedimentais – nas quais o enfoque se direciona ao desenvolvimento de válvulas procedimentais, etapas deliberativas, quóruns ou outros instrumentos processuais que impeçam propostas antidemocráticas de ganharem corpo, ou ao menos dificultem seu

trajeto. Há quem adote uma posição procedimental mais firme, algo próximo de uma versão contemporânea da posição expressada por Kelsen (Rosenblum, 2008; Accetti, Zuckerman, 2017). Há também quem apresente uma postulação moderada, onde os limites da intervenção estatal são contrabalanceados em favor da temperança (Issacharoff, 2015; Müller, 2016; Kirshner 2019; Rijpkema 2018; Rummens, Abts, Sottiaux, 2010; Rummens, 2019).

De toda sorte, são muitos as constituições que se apropriam de uma posição fortemente neomilitante, independente das reservas que se possa ter. Veja-se por exemplo a aplicação do Artigo 21, Seção 2, da Lei Fundamental Alemã (Grundgesetz, 1949). No caso alemão, essa previsão legal permite ao Tribunal Constitucional Federal a proibição de partidos políticos que violem os preceitos de sua constituição e modelo democrático. De acordo com Thiel (2009), essa prática alemã consistiria em uma prática de republicanismo negativo, uma tentativa de reconciliação e correção aos erros históricos específicos daquele país. Rosenblum nos ajuda recuperando diversos outros casos semelhantes:

> A Emenda 7A à Lei Básica de Israel, aprovada em 1985, por exemplo, proíbe a participação de partidos em eleições se tiverem como objetivo central a negação do Estado de Israel como o estado do povo judeu. A lei de "práticas corruptas" da Índia proíbe práticas de campanha que empreguem "a promoção de, ou a tentativa de promover, sentimentos de inimizade ou ódio entre classes de cidadãos da Índia por motivos de religião, raça, casta, comunidade ou língua por um candidato" e veda o uso de símbolos religiosos em eleições. Em Portugal: "os partidos políticos não devem empregar nomes que contenham expressões diretamente relacionadas com qualquer religião ou igreja, ou emblemas que possam ser confundidos com símbolos nacionais ou religiosos", nem podem empregar "um nome ou manifesto que possua natureza ou âmbito regional". A Constituição da

> Turquia e a Lei dos Partidos Políticos de 1983 são utilizadas contra partidos que visam alterar o estado unitário e contra partidos que desafiam uma compreensão específica e rigorosa do secularismo (Rosenblum, 2008, p. 418).

Também conhecida pelo célebre 'paradoxo popperiano', a autodefesa, em suas diferentes formas, realmente parece não conseguir responder a suspeição, antes, em razão da má formulação da pergunta. Recorrendo novamente à fala de Przeworski (2024) no primeiro capítulo, a (i)legitimidade de se impedir ou permitir o avanço de pautas antidemocráticas nunca poderia ser respondida sem primeiro se determinar o significado e abrangência da democracia como regime político e valor normativo. A resposta inevitavelmente recaí sobre uma compreensão minimalista ou maximalista. Sua base comparativa. Conforme Rummens (2019) esclarece, "O paradoxo da tolerância [...] é facilmente resolvido quando reconstruímos adequadamente os compromissos normativos e políticos que constituem a democracia liberal como um regime político".

Mas para além de Rummens, há uma literatura bastante robusta que reconhece essa distinção. Muller (2016) reforça a ideia ao afirmar, "Se a democracia deve ou não se tornar militante dependerá, é claro, significativamente do que se pensa que a democracia é, em primeiro lugar". Na mesma linha, Thiel (2009) também afirma, "Essa lacuna fundamental entre dois conceitos elementarmente diferentes é refletida na oposição entre uma democracia 'libertária' e uma democracia 'protetora'". Do mesmo modo Tyulkina (2015) é clara, "Na ausência de quaisquer limitações substantivas impostas aos procedimentos democráticos, as democracias podem se encontrar indefesas". Por último, Rijpkema (2018), "A resposta tradicional à democracia procedimental tem sido [...] o argumento dos 'democratas substantivos': a democracia é mais do que um processo de tomada de decisão puramente formal".

Conforme Schupmann (2015) alega, é inegável que a estrutura auto defensiva se apoia em uma teoria substantiva de estado, com todas as particularidades e problemáticas que já acompanhavam sua formulação restritiva em Schmitt. Não haverá aqui a tentativa de redesenhar estes contornos e suspeições contra seu elemento tecnocrático. Tal como a jurisdição constitucional, a dúvida quanto ao caráter democrático das instituições também se apoia na próprio modelo entregue por uma constituição de fato. Da mesma forma não pretendemos disputar sobre os certos graus de arbitrariedade que a tarefa legiferante autodefensiva impõe aos tribunais, de modo que concordamos com a necessidade de se desenvolver métodos cada vez mais apurados para dar conta deste 'desequilíbrio' de forças.

Entretanto, assim como diversos outros aspectos intervencionistas de constituições sociais desenvolvidas com a mudança de paradigmas na segunda metade do século XX, seguimos sob a premissa de que o intercambio jurídico-político, dentro desta lógica, não encontra impeditivo algum. Salienta-se, tal premissa segue firme tomando como base os preceitos da própria constituição. Doutro modo, fica a atividade jurídica refém ao juízo teórico e moral à cada escola de pensamento, quando não à modelos estrangeiros que em nada reproduzam a lógica de sua própria teleologia constitucional. Para nos fazermos claros quanto a este tópico, tomamos como nossas palavras a seguinte consideração de Müller:

> Críticos da democracia militante às vezes pedem algo que geralmente consideram implausível na política: que ela pudesse, de alguma forma, ser garantida para não levar a abusos; segundo eles, se nenhuma garantia puder ser dada, a democracia militante não deveria existir. Mas, assim como seria errado pensar que a democracia militante, por si só, poderia garantir a sobrevivência da democracia (o que não pode), também seria problemático pensar que ela inevitavelmente levaria a abusos ou a uma redução

> injustificável da incerteza institucionalizada (Müller, 2024, p. 168).

Portanto, alinhamo-nos àqueles que recusam a existência de qualquer autocontradição na prática da autodefesa. Muitas das críticas que suscitam suposta ilegitimidade partem de perspectivas extralegais vinculadas a correntes específicas do constitucionalismo, à despeito de boas intenções, unem critérios morais de cunho *common law* anglo-saxão a esferas juricêntricas de autopoiese constitucional civilista. Predileções arquitetônicas do design constitucional, baseado em incumbências ideológicas distintas do conteúdo presente no próprio texto constitucional. Retornando às duas perguntas iniciais do capítulo, o segundo questionamento parece pouco sustentável no debate mais atual em curso. Contudo, a primeira verdadeiramente permanece sem resposta. – *Como se impõe restrições à movimentos políticos democráticos, ainda que iliberais?* –. Para esta, entendemos que se trata de um dos pontos mais importantes a serem respondidos pela doutrina e jurisprudência nos anos que se seguirão.

Rotineiramente o mundo tem assistido a 'insurgências' populares estruturas institucionais, onde discursos antiprogressistas discriminatórios da doutrina iliberal aparecem mesclados, muitas vezes confundidos, com práticas extremistas. Marcada por uma redução na integridade das liberdades e direito civis concebidos em termos maximalistas, na institucionalidade eleitoral e nos institutos que compõem o sistema de freios e contrapesos, a deterioração na qualidade democrática acompanha um problema amplo de *backlash* cultural. Justificada em pretextos de proteção da identidade nacional (seja ela étnica racial e/ou religiosa), o ataque contra a pluralidade se desdobra em um ataque à globalização como intercâmbio cultural. Através de 'conspiracismos' (Muirhead; Rosenblum, 2019; 2022), o iliberalismo encontra eco em uma parcela significativa da população, que se retroalimenta em câmaras de eco e na radicalização contínua.

Nos Estados Unidos essa mistura ébria se deu na forma no *"The Big Lie"* (Bowden; Teague, 2022) e na invasão às instalações do

Capitólio, a sede do Congresso Nacional do país, em 6 de janeiro de 2021(Toffoli et al.; 2020). No Brasil, o horror foi promovido logo após as eleições presidenciais de Jair Messias Bolsonaro, com a invasão e destruição das sedes dos três poderes em Brasília, por revoltosos acampados em frente ao Quartel-General do Exército brasileiro (Forte Caxias) (Silva; Schurster, 2023). Um episódio que há muito já vinha sendo desenhado na forma de manifestações abertas em favor de golpe militar e tomada forçosa do poder, sob acusações infundadas de fraude eleitoral e censura judicial.

No entanto, por mais hediondos que estes quadros possam ser, sua execução apenas reforçam o ponto central do presente. Diferentemente da direita radical, a extrema direita não se apresenta como uma rota possível à destruição do Estado Democrático de Direito, mas encontra no uso de suas táticas violentas a barreira forte do direito penal. Enquanto revoltosos que ultrapassaram o limiar entre o radicalismo e o extremismo encontraram a tutela penal, o PRR segue firme e forte na política cotidiana. Encontrando poucos reveses à sua atividade representativa, inclusive com uma posição bastante significativa no coro executivo e legislativo.

Veja-se, por exemplo, a recente tentativa de se modificar a atual legislação brasileira concernente à interrupção da gravidez. Proposto pelo deputado Sóstenes Cavalcante, do Partido Liberal (PL) do Rio de Janeiro, o Projeto de Lei nº. 1904/2024 (Brasil, 2024) tratava sobre transferência do tipo penal ao título "Dos Crimes Contra a Pessoa", especificamente no capítulo "Dos Crimes contra a Vida". Sem dúvidas uma desconstrução sem precedentes da proteção social da mulher e todo o tecido normativo que lhe acompanha, o projeto procurava comparar a interrupção da gravidez ao crime de homicídio, consequentemente impondo-se a teoria concepcionista considerando o nascituro como sujeito de direitos.

Em especial, a sessão do projeto que traz as justificativas para sua propositura traz críticas contundente direcionadas ao entendimento firmado pela ex-ministra aposentada Rosa Weber, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental 442 (Brasil, 2023, ADPF 442). Desconsiderando todas as dificuldades e obvias implicações jurídicas de uma posição legislativa como esta, aos autores do projeto, não há qualquer erro hermenêutico na leitura proposta pela ex-ministra. Não, de outra ordem, admitem que não se identifica guarida na constituição à tese concepcionista, entendem que o problema em mãos teria origem no próprio texto da constituição federal, uma vez que se estabeleceria preferência à dignidade humana. Para tanto, os autores fogem às amarras normativas da teleologia constitucional, socorrendo-se da Declaração de Independência dos Estados Unidos.

> (...) o direito à vida é inerente ao ser humano e não depende de reconhecimento legal, é o pressuposto do qual derivam as democracias modernas. (...) As constituições do mundo moderno derivam da primeira de todas as constituições que foi promulgada em 1787 nos Estados Unidos. Todas as demais constituições se baseiam, em última análise, nos mesmos primeiros princípios daquela. Porém a Constituição de 1787, por sua vez, baseia-se na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776. (...) As constituições são elaboradas para proteger tais direitos, não para criá-los, nem para estabelecê-los. Sustentar o contrário seria destruir as próprias bases sobre as quais foi construída a civilização. (...) Tais direitos são inerentes aos seres humanos e não uma concessão da Constituição. Não precisam ser mencionados para existirem (Brasil, 2024, p. 12-14).

Reforçando o argumento em que pesa a democracia radical PRR, quando contestados por jornalistas parlamentares favoráveis ao projeto recorreram ao populismo e à soberania popular a fonte de legitimação da agenda política da direita radical. Notório apoiador do projeto e um de seus promotores mais firmes, em participação ao programa jornalístico Globo News o Deputado Federal Cezinha

de Madureira (PSD-SP) exemplificou trazidos até então. Duramente questionado sobre os fundamentos que sustentam o projeto e suas consequências práticas ao bem-estar de vítimas de estupro, quando confrontado sobre os aspectos que circundam a autonomia reprodutiva e dados de institutos de pesquisa, a resposta do deputado não poderia ser mais ilustrativa:

> A sua pesquisa, encomendada por essas pessoas que eu não sei agora quem encomendou as pesquisas, a minha é mais precisa. Por que a minha é mais precisa? Porque a minha, eu estou com Deus na vida, dizendo pra você que a Bíblia diz que só quem tem o direito de tirar e dar a vida é Deus. Essa é a minha pesquisa e essa é a maioria da vontade dos brasileiros. Os brasileiros não concordam, a maioria, que tire a vida de uma criança. [...] A minha pesquisa é mais precisa porque é a pesquisa da Bíblia da Igreja Evangélica e da Bíblia da Igreja Católica que é o mesmo, sendo o país mais de 90% cristão. Então essa é a minha pesquisa. Eu sou contra a morte de criança, eu sou a favor da vida e o Congresso tem a maioria favorável à vida (Bomfim, 2024, 16:10, transcrição nossa).

Ressalta-se que não se põe em dúvida a existência da extrema direita e suas práticas na política cotidiana. De certo que as táticas de subterfúgio hibridistas se fizeram, e ainda fazem, presentes na democracia constitucional. Como Lênio Streck já afirmou em oportunidade anterior, "[...] constituições não são pactos suicidas. A democracia não é um pacto suicida" (Streck, 2022), do mesmo modo Oliveira e Neto lecionam:

> A responsabilização, inclusive penal, de todas as formas de violência, intolerância, preconceito e discriminação é parte constitutiva da própria democracia constitucional, o que significa

> afirmar que manifestações violentas, intolerantes, fundamentalistas e subversivas, sejam armadas ou não, que atentem contra o regime constitucional-democrático não devem ser confundidas ou tratadas como liberdade de expressão e de manifestação (Neto; Oliveira, 2022).

No entanto, enquanto as bases autodefensivas da teoria militante mais básica já se demonstram suficientes para lidar com as ameaças extremistas ao procedimentalismo democrático, à direita radical somente seu cunho material, apesar de pôr vezes elusivo, dá conta de tutelar o contorno maximalista da democracia brasileira. Quando se afirma que à defesa democrática bastaria a constituição, acrescentaríamos que esta afirmação só se prova válida em constituições compreendidas em uma perspectiva que se dê guarida à tal leitura maximalista. Felizmente, por exemplo, o caso brasileiro. Do contrário, em contextos em que as liberdades políticas operem em uma lógica minimalista, de cunho procedimental, não há preferencias axiológicas do conceito de democracia que possibilitem a restrição de cunho ideológico. Veja-se. Por exemplo, a pouquíssima restrição nos Estados Unidos dada pela doutrina das *"Fighting Words"*.

Findo o exposto, deixamos aqui os seguintes questionamentos após estas considerações: *não seria o caso de reconsiderarmos a destinação de verbas públicas à campanha de candidatos e partidos que promovam uma contradição iliberal de direita radical ao conteúdo constitucional? Tendo a constituição brasileira um caráter social e pluralista inseparável de seu delineamento democrático, pode o poder público contribuir para aquilo que lhe destrói?*

5 CONCLUSÃO

Este estudo investigou a ascensão do populismo de direita radical, e sua matiz iliberal, alertando para algumas de suas implicações no funcionamento das democracias constitucionais contemporâneas.

A partir da diferenciação entre direita radical e extrema-direita, foi possível compreender como a direita radical, embora operando dentro dos limites formais da democracia, compromete a essência pluralista. Na medida em que o sistema democrático como procedimento não se apresenta como alvo principal e imediato, cabe aos elementos materiais de uma constituição, social ou liberal, impedirem o avanço de uma agenda iliberal.

Sustentada pela retórica populista, a democracia iliberal coloca em xeque as concepções universalistas de democracia, afastando a ideia de que liberalismo e democracia necessariamente caminham juntos. Nesse contexto, as teorias de autodefesa democrática surgem como respostas necessárias para proteger as instituições democráticas contra ameaças endógenas. A opressão de minorias sob o manto da democracia majoritária ilimitada demonstra a importância da imposição de limites constitucionais à atividade política, em especial na defesa de direitos fundamentais e sociais dentro de uma lógica maximalista.

Por fim, salienta-se que é essencial à defesa da democracia constitucional brasileira a necessidade de conciliar a defesa do regime democrático com a proteção dos direitos fundamentais, em um equilíbrio delicado entre autopreservação, liberdade política e bem-estar social. A reflexão aqui desenvolvida aponta para a necessidade de um compromisso contínuo com a integridade de uma democracia maximalista, exigindo-se a adoção de mecanismos institucionais robustos e a manutenção de uma cultura política pluralista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949)**. 2022. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html. Acesso em: 14 ago. 2024.

ARZHEIMER, Kai. **Explaining Electoral Support for the Radical Right**. In: RYDGEN, Jens (org.). *The Oxford Handbook of the Radical Right*. Nova York: Oxford University Press, 2018. p. 201.

BOMFIM, Sâmia. **Sâmia debate na GloboNews sobre o PL da Gravidez Infantil**. 2024. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=YltFuMFih-w&t=504s&ab_channel=S%C3%A2miaBomfim. Acesso em: 15 ago. 2024.

BOWDEN, Mark; TEAGUE, Matthew. **The Steal: The Attempt to Overturn the 2020 Election and the People Who Stopped It**. 1. ed. Nova Iorque: Atlantic Monthly Press, 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 1904/2024**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2434493. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 1904/2024**. p. 12- 14. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2425262&filename=PL%201904/2024. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442**. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865. Acesso em: 15 ago. 2024.

CAPOCCIA, Giovanni. **Defending Democracy: Reactions to Extremism in Interwar Europe**. Baltimore e Londres: The Johns Hopkins University Press, 2005.

CAPOCCIA, Giovanni. **Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation**. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 9, p. 207-226, nov. 2013. Disponível em: https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134020. Acesso em: 12 ago. 2024.

DAHL, Robert A. **Polyarchy: Participation and Opposition**. New Haven: Yale University Press, 1971.

DIAS TOFFOLI, José Antonio; et al. **Democracia Inabalada: A Defesa das Instituições**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/campanha/anexo/democraciainabalada/EBOOK_democracia_inabalada_28x28cm.pdf. Acesso em: 15 ago. 2024.

EATWELL, Roger; GOODWIN, Matthew. **National-Populism: The Revolt Against Liberal Democracy**. Londres: Pelican Books, 2018.

FOX, Gregory H.; NOLTE, Georg. **Intolerant Democracies**. *Harvard International Law Journal*, v. 36, n. 1, inverno de 1995. Disponível em: https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/210. Acesso em: 12 ago. 2024.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: University of Chicago Press, 2018. p. 173.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente?** *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, 2022, p. 2690-2731. Disponível em: https://doi.org/10.1590/2179-8966/2022/70886. Acesso em: 11 ago. 2024.

HAGGARD, Stephan; KAUFMAN, Robert. **Backsliding: Democratic Regress in the Contemporary World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.1017/9781108957809. Acesso em: 10 ago. 2024.

INVERNIZZI ACCETTI, Carlo; ZUCKERMAN, Ian. **What's Wrong with Militant Democracy?** *Political Studies*, v. 65, n. 1S, p. 182–199, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0032321715614849. Acesso em: 13 ago. 2024.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. Nova York, NY: Cambridge University Press, 2015.

KALTWASSER, Cristóbal Rovira. **Militant Democracy Versus Populism**. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (Ed.). *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2019.

KELSEN, Hans. **Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie**. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (eds.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 237.

KIRSHNER, Alexander S. **Militant Democracy Defended**. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (Ed.). *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2019.

LACLAU, Ernesto. **On Populist Reason**. Londres; Nova York: Verso, 2005.

LANDEMORE, Hélène. **Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century**. Princeton: Princeton University Press, 2020.

LARSEN, Signe Rehling. **The European Union as 'Militant Democracy'?** In: KOMÁREK, Jan (Ed.). *European Constitutional Imaginaries: Between Ideology and Utopia*. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 77. Disponível em: https://doi.org/10.1093/oso/9780192855480.003.0004. Acesso em: 10 ago. 2024.

LARUELLE, Marlene. **Illiberalism: A Conceptual Introduction**. *East European Politics*, v. 38, n. 2, p. 303-327, 2022. Disponível em: https://doi.org/10.1080/21599165.2022.2037079. Acesso em: 12 ago. 2024.

LEALI, Giorgio. Franco-Italian honeymoon hits troubled waters as Macron loses No. 1 ally in Rome. *Politico*. Bruxelas, 5 ago. 2022. Disponível em: https://www.politico.eu/article/france-italy-honeymoon-troubled-waters-macron-draghi-ally-rome/. Acesso em: 15 ago. 2024.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. **Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War**. *Problems of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights I**. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, jun. 1937a. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1948164?origin=JSTOR-pdf. Acesso em: 9 ago. 2024.

LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights II**. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 4, ago. 1937b. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1948103. Acesso em: 9 ago. 2024.

LÜHRMANN, Anna; TANNENBERG, Marcus; LINDBERG, Staffan I. **Regimes of the World (RoW): Opening New Avenues for the Comparative Study of Political Regimes**. *Politics and Governance*, v. 6, n. 1, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.17645/pag.v6i1.1214. 10 ago. 2024.

MADISON, James. **Federalist No. 10: The Same Subject Continued (The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection (1797)**. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Amazon Classics. eBook Kindle, 2017.

MALKOPOULOU, Anthoula; NORMAN, Ludvig. **Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives**. *Political Studies*, v. 66, n. 2, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0032321717723504. 10 ago. 2024.

MALKOPOULOU, Anthoula; NORMAN, Ludvig. **Three Models of Democratic Self-Defence**. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (Ed.). *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2019.

MAZUR, Stanisław. **Public Administration in Poland in the Times of Populist Drift**. In: BAUER, Michael W.; PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon; YESILKAGIT, Kutsal; BECKER, Stefan (orgs.). *Democratic Backsliding and Public Administration: How Populists in Government Transform State Bureaucracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 103.

MCGAUGHEY, Ewan. **Fascism-lite in America (or The Social Ideal of Donald Trump)**. *British Journal of American Legal Studies*, v. 7, n. 2, p. 291-315, dez. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.2478/bjals-2018-0012. Acesso em: 11 ago. 2024.

MEGALI NETO, Almir; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A democracia constitucional entre militantes contra a democracia e a democracia militante**. *Empório do Direito*, 07 dez. 2022. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/a-democracia-constitucional-entre-militantes-contra-a-democracia-e-a-democracia-militante. Acesso em: 15 ago. 2024.

MINKENBERG, Michael; VÉGH, Zsuzsanna. **Depleting Democracies: Radical Right Impact on Parties, Policies, and Polities in Eastern Europe**. Edição do Kindle. Manchester: Manchester University Press, 2023.

MOFFITT, Benjamin. **The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation**. Stanford, California: Stanford University Press, 2016.

MOUNK, Yascha. **The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018.

MUDDE, Cas. **The Far Right Today**. 1ª ed. Cambridge, Reino Unido; Medford, MA, EUA: Polity Press, 2019.

MUDDE, Cas. **The Far Right Today**. p. 18.

MUIRHEAD, Russell; ROSENBLUM, Nancy L. **A Lot of People Are Saying: The New Conspiracism and the Assault on Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2019.

MUIRHEAD, Russell; ROSENBLUM, Nancy L. **The Path from Conspiracy to Ungoverning**. *Social Research*, v. 89, n. 3, p. 501-524, Fall 2022. Disponível em: https://doi.org/10.1353/sor.2022.0046. Acesso em: 15 ago. 2024.

MÜLLER, J.-W. **The Problem With 'Illiberal Democracy'**. *Social Europe*, 27 jan. 2016. Disponível em: https://www.socialeurope.eu/the-problem-with-illiberal-democracy. Acesso em: 13 ago. 2024.

MÜLLER, Jan-Werner. **Democracy Rules**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2021.

MÜLLER, Jan-Werner. **Not just defending, but deepening democracy: a discussion around *Democracy Rules***. *History of European*

Ideas, v. 50, n. 1, p. 167-170, 2024. p. 168. Disponível em: https://doi.org/10.1080/01916599.2023.2218674. Acesso em: 15 ago. 2024.

MÜLLER, Jan-Werner. **The EU as a Militant Democracy or: Are There Limits to Constitutional Mutations Within EU Member States?** *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 165, 2014, p. 145. Disponível em: https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/37087jan-wernermullerrep165.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

NÄSSTRÖM, Sofia. **Democratic Self-Defense: Bringing the Social Model Back In**. *Distinktion: Journal of Social Theory*, v. 22, n. 3, p. 376-396, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.1080/1600910X.2021.1931901. Acesso em: 13 ago. 2024.

NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. **Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

ORBÁN, Viktor. **Prime Minister Viktor Orbán's Speech at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp**. [S.l.]: Governo da Hungria, 2019. Disponível em: https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp. Acesso em: 12 ago. 2024.

PLATTNER, Marc F. **Illiberal Democracy and the Struggle on the Right**. *Journal of Democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, v. 30, n. 1, p. 5-19, jan. 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1353/jod.2019.0000. Acesso em: 15 ago. 2024.

PRZEWORSKI, Adam. **Defending Democracy**. New York University, Department of Politics. 2024. p. 1. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=4701964. Acesso em: 11 ago. 2024.

REALITY CHECK TEAM. **Fact-checking Giorgia Meloni's claim about France**. *BBC News*. Londres, 2 jan. 2023. Disponível em: https://www.bbc.com/news/63708313. Acesso em: 15 ago. 2024.

RIEDEL, Rafał. **Populism and Its Democratic, Non-Democratic, and Anti-Democratic Potential**. *Polish Sociological Review*, n. 199, 2017, p. 287-298. Disponível em: https://polish-sociological-review.eu/Populism-and-Its-Democratic-Non-Democratic-and-Anti-Democratic--Potential,119342,0,2.html. Acesso em: 11 ago. 2024.

RIJPKEMA, Bastiaan. **Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance**. 1ª ed. Abingdon, Oxon: Routledge, 2018.

ROSENBLUM, Nancy L. **On the Side of the Angels: An Appreciation of Parties and Partisanship**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008.

ROSENBLUM, Nancy L. **On the Side of the Angels: An Appreciation of Parties and Partisanship**. p. 418.

RUMMENS, Stefan. **Resolving the Paradox of Tolerance**. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (Eds.). *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2019.

RUMMENS, Stefan; ABTS, Koen. **Defending Democracy: The Concentric Containment of Political Extremism**. *Political Studies*, v. 58, p. 649-665, 2010. Disponível em: https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.2009.00809.x. Acesso em: 13 ago. 2024.

RYDGEN, Jens. **The Oxford Handbook of the Radical Right**. p. 26.

RYDGEN, Jens. **The Radical Right: An Introduction**. In: RYDGEN, Jens (org.). *The Oxford Handbook of the Radical Right*. Nova York: Oxford University Press, 2018. p. 1-15.

SAJÓ, András. **Militant Constitutionalism**. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (Eds.). *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2019.

SAJÓ, András. **Militant Constitutionalism**. p. 189.

SAJÓ, András. **Militant Democracy and Emotional Politics**. *Constellations*, v. 19, n. 4, 2012. Disponível em: https://doi.org/10.1111/cons.12011. Acesso em: 12 ago. 2024.

SAJÓ, András. **Ruling by Cheating: Governance in Illiberal Democracy**. *Cambridge Studies in Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

SANAHUJA, José Antonio; LÓPEZ BURIAN, Camilo; VITELLI, Marina. **The Rise of the New Far Right in Latin America: Crisis of Globalization, Authoritarian Path Dependence and Civilian-Military Relations**. In: PINHEIRO-MACHADO, Rosana; VARGAS-MAIA, Tatiana (Eds.). *The Rise of the Radical Right in the Global South*. 1. ed. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2023. p. 114.

SCHUPMANN, Benjamin A. **Leviathan Run Aground: Carl Schmitt's State Theory and Militant Democracy**. Nova York: Columbia University, 2015.

SEBŐK, Miklós; SIMONS, Jasper. **How Orbán won? Neoliberal disenchantment and the grand strategy of financial nationalism to reconstruct capitalism and regain autonomy**. Socio-Economic Review. Oxford: Oxford University Press, v. 20, n. 4, p. 1625-1651, out. 2021. Disponível em: https://academic.oup.com/ser/article/20/4/1625/6414337. Acesso em: 15 ago. 2024.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da; SCHURSTER, Karl. **Como (não) fazer um golpe de estado no Brasil: uma história interna do**

8 de janeiro de 2023. Recife: Editora Universidade de Pernambuco, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **As críticas de Gandra ao STF e a história do crocodilo debaixo da cama**. *Conjur*, 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-dez-01/senso-incomum-criticas-gandra-historia-crocodilo-debaixo-cama. Acesso em: 15 ago. 2024.

THIEL, Markus (ed.). **The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies**. Farnham, Surrey, England: Ashgate, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: Edição Integral com Notas do Autor**. Tradução: Julia da Rosa Simões. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2019.

TRAVERSO, Enzo. **The New Faces of Fascism: Populism and the Far Right**. Tradução de David Broder. Londres: Verso, 2019.

TYULKINA, Svetlana. **Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond**. Routledge, 2015.

VARGAS-MAIA, Tatiana; PINHEIRO-MACHADO, Rosana. **A New Radical Right in the Global South?**. In: PINHEIRO-MACHADO, Rosana; VARGAS-MAIA, Tatiana (orgs.). *The Rise of the Radical Right in the Global South*. Abingdon, Oxon; Nova York, NY: Routledge, 2023. p. 1-14.

ZAKARIA, Fareed. **The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad**. Nova Iorque/Londres: W. W. Norton & Company, 2003.

ZAKARIA, Fareed. **The Rise of Illiberal Democracy**. *Foreign Affairs*, v. 76, n. 6, p. 22, nov./dez. 1997. Disponível em: https://doi.org/10.2307/20048274. Acesso em: 12 ago. 2024.

A ILUSÃO DA DEMOCRACIA DIRETA POR MEIO DOS REFERENDOS ESPÚRIOS

THE ILLUSION OF DIRECT DEMOCRACY THROUGH SPURIOUS REFERENDUMS

André Ladeira da Rocha Leão[218]

Resumo: O presente trabalho almeja problematizar a legitimidade da utilização de referendos e seus contextos de aplicação, apresentando um conceito e dois exemplos de referendos espúrios na Venezuela. Sustenta-se que mecanismos de participação direta de grupamentos humanos, quando utilizados para tiranizar minorias, ou contornar salvaguardas democráticas, configuram prática ilegítima. Contextualiza-se essa utilização espúria na América Latina e no Brasil, apontando-se as dificuldades que impedem um debate qualificado sobre temas com grande saliência política. Propõe-se uma revisão do princípio da separação dos poderes para agregar um elemento performativo à sua denotação. Noutro giro, a melhoria da interação entre poderes pode ser beneficiada pela teoria dos diálogos institucionais, capaz de qualificar as deliberações públicas. Nos três primeiros tópicos, a pesquisa se beneficia de uma abordagem jurídica diagnóstica. Nos dois últimos, de uma abordagem jurídica propositiva. O trabalho segue o método qualitativo a partir da revisão bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Diálogo Institucional; Referendos Espúrios; Separação de Poderes.

Abstract: This work aims to problematize the legitimacy of the use of referenda and their context of application, presenting a concept and two examples of spurious referenda in Venezuela. It is argued that

218 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Mestre em Direito Público pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). E-mail: ladrleao@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4461069773515758.

mechanisms of direct participation of human groups, when used to tyrannize minorities, or circumvent democratic safeguards, constitute an illegitimate practice. This spurious use in Latin America and Brazil is contextualized, highlighting the difficulties that prevent a qualified debate on topics with great political relevance A review of the principle of separation of powers is proposed to add a performative element to its denotation. In another direction, the improvement of interaction between Powers can benefit from the theory of institutional dialogues capable of qualifying public deliberations. In the first three topics, the research benefits from a diagnostic legal approach. In the last two, a propositional legal approach. The work follows the qualitative method based on a bibliographic and documentary approach.

Keywords: Institutional Dialog; Spurious Referenda; Separation of Powers.

1 INTRODUÇÃO

Há palavras que despertam simpatia e costumam ser habilmente utilizadas para atrair engajamento para uma ideia não tão boa quanto parece. Democracia, plebiscito e referendo são palavras que despertam emoções positivas e aparentam apontar caminhos promissores para uma deliberação pública ideal. Mas não é bem assim.

O jurista argentino Carlos Nino já alertara para a carga afetiva das palavras que possuem um significado normativo positivo e dos riscos de seu uso retórico (Nino, 2010, p. 317). O emprego de tais institutos por líderes autocráticos, em ambientes com baixíssima institucionalidade, contaminados por ampla rede de desinformação, cria as condições para a erosão da normatividade constitucional e das salvaguardas democráticas.

Recentemente, Vladimir Putin e Nicolás Maduro realizaram plebiscitos para decidirem contendas territoriais. O primeiro realizou plebiscito para perguntar aos moradores dos territórios ocupados pela Rússia na guerra da Ucrânia se tais territórios deveriam ser anexados à

Rússia. O segundo realizou referendo, no território venezuelano, para consultar o povo (venezuelano) sobre a anexação de parte do território da vizinha Guiana. Foram deliberações democráticas? Qual o limite da deliberação pública direta?

Pode-se dizer que há casos claros, nos quais a consulta pública afronta direitos fundamentais, que não deveriam se submeter ao escrutínio da maioria ocasional. Entretanto, há situações nas quais a consulta pública pode ser legítima, não obstante tratar-se de questões de moralidade política, especialmente no caso de escolhas públicas com efeitos redistributivos, como o orçamento participativo.

Envolver a esfera pública[219] em debates qualificados, estimulando o interesse e a participação dos afetados por políticas públicas abrangentes, são consequências de se viver em uma democracia constitucional[220]. Mas até que ponto debates importantes podem ser simplificados e reduzidos a um "sim" ou "não"?

Sustenta-se neste artigo que pode haver alternativa melhor, que propicie um debate entre as necessidades do presente e do passado, em um processo deliberativo qualificado.

Aqui também os participantes receberão a devida consideração e serão tratados como indivíduos livres e iguais. Mas há a participação da esfera pública que envolve a sociedade civil, a representação de minorias reiteradamente estigmatizadas e uma possibilidade de profícua troca de informações capaz de reduzir a assimetria de conhecimento entre especialistas e a comunidade atingida.

219 Esfera Pública compreendida como um conjunto de atores sociais, sociedades civis, movimentos sociais, grupos de influência etc.

220 Democracia constitucional, como quase tudo em direito, é um termo equívoco, que traduz inúmeras possibilidades. No contexto desse trabalho, entende-se por democracias constitucionais Estados regidos por uma constituição complexa na qual convivem um aspecto ideal (constitucional, valores), um aspecto real (histórico), resultante do processo majoritário, e um aspecto deliberativo (razões). Neste tipo de organização estatal, a dimensão histórica está em constante conflito com a dimensão ideal e o desenho resultante guardará a proporção de cada qual em uma deliberação qualificada por argumentos. Convivem, portanto, valores, votos e razões. Em sentido semelhante ver: Nino, 2010 e Barroso, 2017.

Como alternativa ao paternalismo estatal de líderes autocráticos, secundado por uma concepção de democracia meramente agregativa, pode-se pensar em um modelo sub ideal, que procure conciliar o espaço majoritário e o espaço do direito, especialmente significativo quando em causa as condições para uma deliberação pública qualificada, direitos de minorias e direitos fundamentais, naquilo que têm de impostergáveis.

Não se pretende, nessa breve exposição, oferecer uma resposta certa para essas aporias tão desafiadoras. A ambição aqui é mais modesta. Descendo alguns degraus na inevitável ascensão justificadora (Dworkin, 2010, p. 76) que esse tipo de reflexão propicia, o presente trabalho almeja jogar luzes sobre o uso espúrio de mecanismos de democracia direta como forma de respaldar medidas autocráticas, que comprometam direitos fundamentais do grupamento humano atingido, ou parte dele.

Por meio de uma revisão bibliográfica e documental, aproxima-se do tema com a realização de abordagem jurídica diagnóstica na primeira parte, para contextualizar o fenômeno dos referendos espúrios e, num segundo momento, abordagem jurídica propositiva para sustentar as vantagens da adoção da teoria dos diálogos institucionais como alternativa ao uso espúrio de mecanismos de participação direta do grupamento humano atingido.

O primeiro passo será a definição do referendo espúrio. Também aqui serão apresentados, em breve síntese, dois referendos realizados na Venezuela para ilustrar as dificuldades do emprego de tais mecanismos em contextos autoritários. O segundo passo será o desenvolvimento de uma nota sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e de como os mecanismos de participação direta inicialmente previstos para desbloquear demandas populares foram capturados por líderes populistas. Segue o raciocínio com breve reflexão sobre a situação brasileira no contexto latino-americano e o desgaste da representação política, que propicia a deturpação de institutos pensados como instrumentos de inclusão e participação popular. Nesse ponto, destaca-se o distanciamento dos representantes

eleitos do grupamento que os elegeu, represando a vocalização das demandas coletivas. Um aperfeiçoamento da deliberação pública, com inclusão social, pode diminuir a adesão a ideais autoritários e seus mecanismos espúrios de legitimação do poder.

Ao final, a parte propositiva, com a revisão teórica do princípio da separação de poderes visando um modelo mais adequado à complexidade das democracias constitucionais, com breve apresentação da teoria dos diálogos institucionais que, conclui-se, diminui a tensão entre os poderes e representa o melhor mecanismo de circulação de ideias bem como de participação da esfera pública em decisões sobre complexas políticas públicas, ou de moralidade política saliente.

2 REFERENDOS ESPÚRIOS

Submeter uma questão política controversa ao escrutínio popular, via mecanismos de participação direta, parece traduzir um estado ideal de coisas desejável. Entretanto, a pretexto de se realizar um debate popular sobre questões morais salientes, pode haver deturpação de sua finalidade por líderes populistas, que pretendam contornar entraves institucionais, ou salvaguardas constitucionais, para confirmar medidas populistas capazes de provocar um retrocesso civilizatório.

Nessa toada, entende-se ocorrer um referendo espúrio quando um líder populista, ciente da complexidade do debate e das dificuldades impostas pelas instituições democráticas, convoca uma consulta popular para decidir, a partir de um "sim" ou "não", se determinada escolha pública por ele sustentada deve ser mantida. Não é pequeno o risco de votações antidemocráticas, que podem corroer as salvaguardas constitucionais e a proteção das minorias, a partir de um uso enviesado dos mecanismos de consulta populares.

Interessante reflexão, que pode ser aproveitada nessa altura do trabalho, questiona se as abordagens do constitucionalismo

popular e do constitucionalismo democrático podem apresentar bons frutos em contextos dominados por intensa polarização e crescente desinformação. Destaca-se:

> Nesse novo contexto, em que o autoritarismo se estabelece e progride no sistema constitucional de maneira gradual e notadamente pelas vias democráticas com apoio de amplas maiorias políticas, coloca-se a questão fundamental de se, e em que medida, uma proposta de popularização da constituição se sustenta. Isto é, faria sentido defender a centralidade da participação popular no processo de interpretação constitucional em uma conjuntura em que as maiorias políticas apoiam medidas antidemocráticas e em desrespeito aos direitos fundamentais? (Gomes, 2023 *in* Fernandes; Oliveira; Guedes, 2023, p. 154).

Referendos sobre fronteiras, como na invasão da Ucrânia, ou da "apropriação" da Guiana Essequiba, restrição migratória, uso público de línguas minoritárias, aquisição de terras para agricultura por estrangeiros, matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, imposição retroativa de impostos sobre herança, são questões que, em comum, costumam atingir imigrantes, muçulmanos e outras minorias, as quais sequer participam do processo político (Barreyro, 2019, p. 77), não parecem contribuir para o aperfeiçoamento da deliberação pública.

3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A CAPTURA DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DIRETA POR AUTOCRATAS

Consultas populares[221] são mecanismos de participação direta difundidos na América Latina a partir dos modelos adotados na Venezuela, no Equador e na Bolívia, em um movimento político denominado "Novo Constitucionalismo Latino-Americano" (Barros, 2017). Foram pensados para aumentar a participação popular e pressionar as elites extrativistas, conservadoras, a realizarem as mudanças necessárias para a concretização das promessas constitucionais, que passariam a integrar extensa lista de direitos fundamentais nas novas cartas constitucionais.

De acordo com iniciativa alvissareira, a democracia representativa passaria a conviver com mecanismos de participação direta e novos direitos dos povos originários passariam a gozar de status constitucional. A herança eurocêntrica seria conciliada com necessidades emancipatórias do grupamento humano latino, na sua diversidade e pluralidade étnica. Sempre que as elites fossem resilientes à mudança e à expansão de direitos, o povo seria chamado para decidir, diretamente, sobre determinada escolha pública. A ideia de Justiça como reconhecimento (Simões; Frazer, 2006, p. 231) e inclusão social, seria finalmente implementada. O que poderia dar errado?

Aqui aparece com toda força o problema de todo intérprete do direito, a relação entre as boas intenções grafadas em uma folha de papel e a realidade sobre a qual incide. O que parecia um avanço no sentido da transformação da América Latina, acabou resultando em práticas populistas e com baixíssima qualidade deliberativa.

Sustenta-se que houve avanço a partir do referido movimento constitucional. Entretanto, os grupamentos humanos na América

221 Aqui o termo consulta pública é o gênero que envolve referendos e plebiscitos. No plebiscito, a consulta é prévia à escolha pública, no referendo posterior.

Latina continuam sujeitos a velhas práticas populistas, o que impede a construção de instituições democráticas capazes de levar adiante um projeto de inclusão social duradouro.

O constitucionalismo latino é recente, quando comparado com a tradição constitucionalista do mundo anglo-saxão, e foi construído sobre estruturas sociais extrativistas que fornecem um ambiente propício para a formação de líderes populistas. Referendos, quando utilizados pelo chefe do Poder Executivo como mecanismos para tiranizar minorias, ou para contornar salvaguardas constitucionais produzidas por outros poderes, diminui a performance deliberativa das democracias constitucionais.

Não obstante a Constituição da Venezuela fosse uma constituição vanguardista, elaborada no ano de 1999, em 2007, Hugo Chávez realizou ampla reforma constitucional, transformando profundamente o desenho institucional dos poderes. O Estado Social e Democrático de Direito foi transformado em Estado Socialista, Centralizado, Policial e Militarista (Brewer-Carías, 2008, p. 36).

O próximo passo foi submeter a "reforma" ao escrutínio popular, para que o povo venezuelano pudesse aferir a legitimidade das alterações. O referendo ocorreu e as medidas adotadas foram acolhidas. A reforma se consumou e Hugo Chávez conquistou o direito de se reeleger ilimitadamente, permanecendo no poder até 2013.

Nicolás Maduro continuou o projeto chavista, concentrando poder e mantendo uma estrutura social e econômica baseada no militarismo e na exploração do petróleo, que é um recurso abundante naquela região. Em abril de 2024, realizou nova consulta popular e o povo venezuelano deliberou sobre a incorporação da Guiana Essequiba.

Esse breve recorte, no que tem de impressionista e simplificado, serve para ilustrar o ponto desenvolvido aqui. Não se pretende discutir a legitimidade da disputa sobre a referida região. O ponto que se quer destacar é a utilização, por um líder autocrático acossado por acusações de perseguição política de opositores e fraudes eleitorais, de um mecanismo de participação direta para conferir legitimidade a

uma medida populista, que não avança sobre a solução do contencioso internacional.

4 CONTEXTO ATUAL DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL

O Brasil está inserido no contexto latino-americano. Também passou por uma longa colonização extrativista, que deitou profundas raízes em sua estrutura social, política e econômica. Aqui, como nos demais países latinos, há dificuldades comuns. Desigualdade, exclusão social de grupos étnicos minoritários, grande concentração de renda, condições precárias de sobrevivência, altos índices de violência e pouco acesso a serviços públicos essenciais, são mazelas comuns a todos esses países (Mello, 2019, p. 255).

Estruturas sociais extrativistas, baixíssima institucionalidade, escândalos envolvendo financiamento de campanhas e um histórico de lideranças populistas, completam o complexo quadro político nos países latinos.

Nesse sentido, a ausência de instituições capazes de produzir deliberações qualificadas e com grande *accountability* propicia a deterioração da representação popular, posto que os eleitores não se reconhecem nos eleitos. O ponto já foi traçado em cores vivas por Manuel Castells, nos seguintes termos:

> A força e estabilidade das instituições dependem de sua vigência na mente das pessoas. Se for rompido o vínculo subjetivo entre o que os cidadãos pensam e querem e as ações daqueles a quem elegemos e pagamos, produz-se o que denominamos crise de legitimidade política; [...] os atores políticos fundamentais, ou seja, os partidos, podem diferir em políticas, mas concordam em manter o monopólio do poder dentro de um quadro de possibilidades preestabelecidas por eles mesmos. A política se profissionaliza, e os políticos se tornam um grupo

> social que defende seus interesses comuns acima dos interesses daqueles que eles dizem representar (Castells, 2018, p. 13).

Não bastassem as mazelas da América Latina e a crise de representação política, que impactam o Brasil com toda a força, a tecnologia vem provocando uma acelerada deterioração de laços sociais e a compartimentação de grupos políticos em bolhas, de maneira a excluir fontes alternativas de informação.

Cansados e desconfiados das informações que recebem, eleitores desiludidos formam espirais de descrença, passando a questionar governos, cientistas e os *mass media*. Redes sociais preenchem o vazio comunicacional, posto permitirem rápida interação dos líderes populistas e de seu séquito, com sua bolha de bons samaritanos. Instituições democráticas caem em descrédito, bem como as salvaguardas do processo democrático e a proteção dos direitos das minorias.

O fenômeno da desinformação, que não possui uma causa determinística, mas é resultado de diversos fatores, emocionais, cognitivos, sociais e ligados à personalidade do indivíduo (Ariely, 2024, p.43), contamina o já deteriorado ambiente político brasileiro.

Fortalecer a deliberação pública pressupõe valorizar os espaços decisórios. É preciso que a crise da representação política seja contornada para que o processo democrático possa agregar o seu principal valor epistêmico, qual seja, a elaboração de textos legais em sintonia com a Constituição e com as aspirações populares.

Para aumentar a qualidade dos processos deliberativos, pode-se pensar em uma revisão do princípio da separação dos poderes que agregue um elemento performativo à sua denotação, capaz de diminuir a tensão entre as instituições e impulsionar o espaço majoritário na direção certa. Esse será o próximo passo deste artigo.

5 A SEPARAÇÃO PERFORMATIVA DE PODERES

A ideia de vinculação à legalidade, oriunda do Estado Moderno, vinha tornando os textos constitucionais uma mera carta de intenções. Uma enorme fila de direitos, à espera da oportuna consideração do legislador que, por ser ungido pelo voto popular, deveria fixar as margens rígidas por onde caminhariam os intérpretes do direito.

O formalismo exegético ainda assombra o ensino jurídico nos países latino-americanos (Atienza, 2017, p. 55). Seguir o sentido superficial dos textos provenientes das fontes formais do direito traria conforto e segurança ao aplicador do direito. De fato, o texto é o primeiro e principal material com que trabalha o intérprete do fenômeno jurídico. Mas não é o único.

As constituições passaram a ser o centro dos sistemas jurídicos. O reconhecimento da normatividade dos textos constitucionais, a percepção de que o direito contém princípios e outros padrões normativos implícitos, e as teorias da argumentação jurídica, transformaram o direito, que vinha sendo medido com régua e compasso. Agora, os juristas foram lançados em um mar revolto, e os textos normativos seriam cartas de navegação.

Há mais, a complexidade das sociedades atuais provocou importante alteração legística. A profusão de textos legais, que passaram a conter termos vagos e palavras com textura aberta, exige atividade complementar dos intérpretes para que se possa precisar o sentido normativo do material proveniente das fontes formais. A formalidade exegética tornou-se insuficiente para resolver complexas controvérsias jurídicas.

Com a diluição da normatividade da lei, o texto já não é suficiente, nos casos difíceis, e cabe ao intérprete reconstruir o direito com elementos normativos latentes, acionados pela entropia das controvérsias jurídicas. O papel da hermenêutica jurídica ganhou um destaque especial.

Esse conjunto de novas possibilidades, que não poderão ser desenvolvidas neste trabalho, deve resultar em uma revisão da

separação de poderes. O direito que vincula os destinatários das normas começa a ser cosido na Constituição, passa pelo legislador e é contextualizado pelos intérpretes, entre eles o Poder Judiciário. Sobre a atividade judicial, colhe-se lição doutrinária da professora Jane Reis em sentido semelhante:

> O menosprezo à atividade judicial foi sendo superado à medida que o Direito passou a ser concebido como uma "obra coletiva" ou "trabalho de equipe", iniciado pelo constituinte, mediado pelo legislador e concluído pelo juiz que, conciliando a normas jurídicas com a realidade, confere soluções para os problemas concretos. Mas é precisamente nesse processo de densificação jurídica que reside a dificuldade suscitada pela interpretação constitucional. Cabe elucidar de que maneira as abstratas decisões constituintes transformam-se em "direito constitucional concretizado" através da atividade decisória dos tribunais constitucionais. (Reis, 2018, p. 47)

O direito não se resume ao sentido superficial do texto legal. É preciso fazer considerações deontológicas sobre os princípios subjacentes ao texto, bem como sobre o contexto decisório. A margem que separa os poderes ficou fluida. Perde o texto, ganha a realidade.

Limpado o terreno, é possível concluir o que está latente em tudo quanto foi dito até aqui. Nos casos difíceis, não há uma resposta prévia fixada em um texto. Uma juridicidade ampliada surge como um retrato mais fiel para a complexa tarefa de precisar o sentido do comportamento que se exige.

Tudo considerado, sustenta-se que a separação de poderes não retrata apenas limitações recíprocas à atuação dos poderes, mas exige-se que o processo deliberativo aperfeiçoe as instituições envolvidas na densificação do direito. Destacando a necessidade de se agregar um

elemento novo à separação de poderes, mais apropriado à ideia de democracia deliberativa, Conrado Hübner Mendes propõe:

> Passo a filiar-me a três teses que a ciência política empírica tem defendido sobre o comportamento judicial [...] (i) a corte é politicamente sensível e testa, de modo ininterrupto, o espaço que pode ocupar na separação de poderes a partir do cálculo da resposta potencial dos outros poderes às suas decisões, e de sua força e capacidade para resistir; (ii) a separação de poderes é um fenômeno dinâmico, e uma norma jurídica abstrata não tem como descrever ou capturar essa constante redistribuição de fronteiras; (iii) em paralelo a essa interação a própria legitimidade de cada participante do jogo também oscila, e tal oscilação é responsável, inclusive, pelo espaço maior ou menor que o poder ocupará no arranjo de forças. Reatividade política, acomodações prudenciais e flutuações de legitimidade são um fenômeno que os Federalistas arquitetaram e obras empíricas comprovam. Poderes usam a prudência para testar até onde podem ir. Trata-se de um juízo de ocasião e de medida. O retrato da separação de poderes é, cada momento, diferente [...] (Mendes, 2008, p. 183).

A interação institucional faz parte da denotação do princípio da separação de poderes. Esse elemento deliberativo, ou performativo, é essencial para a correta compreensão da margem de atuação dos poderes, nos casos difíceis. Em sentido semelhante, sustentando a ideia de uma constituição colaborativa, destaca-se:

> Em vez de perceber os poderes como atores solitários em seu esplêndido isolamento – ou inimigos em combate institucional – a constituição colaborativa aprecia os ramos do governo como parceiros num esquema constitucional, onde devem envolver-

> se uns com os outros num espírito de cortesia e colaboração. Cada um deles deve fazer seu próprio trabalho na empresa colaborativa enquanto trabalha nos seus relacionamentos. Para que um corpo político saudável permaneça resiliente ao longo do tempo, deve haver algum "jogo nas articulações". Portanto, a constituição colaborativa apela aos ramos do governo para que reconheçam e respeitem os papéis dos seus parceiros de autoridade, evitando invasões indevidas nos domínios de direito uns dos outros [...] (Kavanagh, 2024, p. 403, tradução própria)[222].

Parece ser voz corrente no Brasil, como no resto do mundo, a necessidade de se agregar um elemento performativo, ou colaborativo, aos tradicionais elementos característicos da separação de poderes, quais sejam, a limitação dos poderes e a divisão de funções.

6 DESBLOQUEANDO A CIRCULAÇÃO DE IDEIAS, DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

As diversas instituições, compostas por brasileiros, também refletirão, em alguma medida, a espiral de desinformação. Famílias, repartições públicas, clubes recreativos e sociedade civil organizada também padecem do problema da polarização política.

Não se pretende oferecer resposta única para o radicalismo político. Mas, na esfera jurídica, pode-se sustentar uma visão dialógica do direito capaz de promover um aperfeiçoamento do debate público

222 No original: "Instead of perceiving the branches as solitary actors in splendid isolation – or sworn enemies in institutional combat – the collaborative constitution appreciates the branches of government as partners in a constitutional scheme, where they must engage with each other in a spirit of comity and collaboration. They must each do their own job in the collaborative enterprise, whilst working on their relationships. In order for a healthy body politic to remain resilient over time, there must be some 'play in the joints. Therefore, the collaborative constitution calls on the branches of government to recognize and respect the roles of their partners in authority, avoiding undue encroachment on each other's rightful domains..." (Kavanagh, 2024, p. 403).

sobre os significados constitucionais, sem que um poder sobressaia ao outro.

O texto e a tradição constitucional brasileira, retratam um modelo de controle forte de constitucionalidade, com a possibilidade de ampla revisão judicial dos atos e omissões dos outros poderes. Haveria aqui a adoção da Supremacia Judicial a exigir do Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), esclareça para os demais Poderes os significados das normas constitucionais.

A possibilidade de ampla revisão judicial de atos legislativos e administrativos, o extenso rol de matérias constitucionalizadas em 1988, a judicialização da política e a valorização dos princípios, que permite a reconstrução de significados normativos mais afastados da superficialidade dos textos provenientes das fontes formais, permitiu o avanço na proteção de direitos outrora inermes, mas provocou acesas críticas doutrinárias.

A euforia com princípios permitiu ao Poder Judiciário avançar, a partir do texto constitucional, sobre espaços outrora resguardados de qualquer ativismo judicial.

O formalismo exegético cedeu o passo para um comportamento judicial mais ambicioso, no sentido da proteção de direitos fundamentais. Também aqui, o que parecia bom, revelou-se disfuncional.

Juristocracia (Hirschl, 2006), Supremocracia (Vieira, 2008), Ministocracia (Arguelhes, 2018), Magistocracia (Mendes, 2023), foram alguns petardos doutrinários dirigidos ao que se acredita ser uma postura ativista e abusiva por parte do Poder Judiciário. Tais críticas, ainda que pequem por algum excesso, suscitam importante reflexão sobre a melhor modelagem decisória para controvérsias constitucionais envolvendo temas de moralidade política saliente.

No ponto em que estamos, uma postura dialógica em casos sensíveis pode distensionar um pouco o ambiente político e permitir o engajamento da esfera pública, fomentando uma cultura de sensibilidade aos princípios e valores constitucionais no espaço majoritário.

Diálogo institucional não é uma conversa face a face (Tulis, 2003, p. 203), mas a apresentação de razões claras e transparentes que permitam ao outro Poder abrir novo ciclo deliberativo, propondo alternativas que levem a sério o quanto decidido na etapa anterior. O ponto pode ser ilustrado com o "caso da vaquejada".

A prática da vaquejada consiste em instar um novilho a correr, da pior maneira, enquanto dois vaqueiros, montados em cavalos, tentam agarrar-lhe o rabo visando derrubá-lo. Trata-se de uma tradição centenária do ciclo bovino nordestino, a qual movimenta cifras milionárias e desperta grande interesse dos habitantes das proximidades.

A Lei nº. 15.299/2013, em um primeiro momento, regulamentou essa prática, dispondo, laconicamente, que se algum vaqueiro maltratasse o novilho seria automaticamente eliminado.

Nesse primeiro ciclo deliberativo, os animais ficavam perto de caixas de som. A prática comumente causava fraturas, traumatismos e descolamento do rabo dos novilhos, sendo tais lesões fartamente documentadas por peritos, que descreveram as péssimas condições em que os animais eram mantidos durante o torneio.

O Procurador Geral da República (PGR) ajuizou a ADI 4983/CE visando o reconhecimento de tal prática como uma atividade cruel, posto que afrontaria o dispositivo constitucional que veda esse tipo de manifestação cultural, art. 225 da CRFB.

O relator, Ministro Marco Aurélio, após enumerar os diversos tipos de lesões sofridas pelos novilhos, bem como o descaso com o bem-estar animal, votou pela inconstitucionalidade de tal prática, referindo-se aos precedentes da "briga de galo", ADIs 2514, 3776 e 1856, e da "farra do boi", RE 153531, no que foi acompanhado pela maioria.

O ministro Edson Fachin abriu divergência, entendendo que o caso guardava peculiaridades que o distinguiam dos precedentes citados pelo relator. O ministro Gilmar Mendes, embora tenha acompanhado o relator, ressaltou que se tratava de uma prática centenária, que fazia parte da tradição do homem do campo nordestino. Esclareceu, ainda, que o legislador poderia avançar na proteção do bem-estar animal para

conciliar a proteção do patrimônio cultural com a necessária proteção do bem-estar animal. O Ministro Barroso, também acompanhou o relator, mas ressaltou a possibilidade de a legislação avançar na criação de mecanismos de proteção dos animais. Nessa primeira rodada, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da referida prática, constatando-se a baixíssima performance deliberativa do texto que regulava a atividade, na medida em que não houve preocupação com o bem-estar dos novilhos. A decisão provocou forte *backlash*[223] das diversas comunidades que realizavam essa prática cultural.

No mês seguinte à publicação da decisão, o legislador promulgou a Lei Federal n. 13.873/19. Esse novo regulamento importou em profundas alterações na normatização do tema trazendo diversos dispositivos que procuraram atenuar o sofrimento animal, tais como: a necessidade de que os animais ficassem longe das caixas de som; a colocação de um rabo artificial para que o novilho não se ferisse; a presença de um veterinário nos eventos que atestasse a higidez dos animais, antes e depois da prática; a vedação de mais de uma corrida no mesmo dia; a colocação de areia nos locais onde os novilhos cairiam, entre outras medidas profiláticas.

Em seguida, a Emenda Constitucional n. 96 dispôs expressamente que não se consideram práticas cruéis as atividades desportivas que utilizem animais, quando forem manifestações culturais registradas como integrantes do patrimônio cultural brasileiro.

Nessa segunda rodada deliberativa, tanto a nova Lei Federal quanto a Emenda Constitucional tiveram sua constitucionalidade questionada pelo PGR nas ADIs 5728 e 5772, posto que a Procuradoria entendeu que a prática continua sendo cruel, apesar dos inegáveis avanços com as medidas profiláticas visando preservar o bem-estar animal. A matéria está pendente de julgamento pelo STF.

Percebe-se que os fundamentos apresentados pelos Ministros do STF, no primeiro ciclo deliberativo, foram objeto da devida consideração pelo espaço majoritário, que avançou no seu desempenho deliberativo

223 *Backlash* é entendido aqui como forte reação social ou institucional a uma decisão do Poder Judiciário.

para fixar uma série de medidas profiláticas, minorando o sofrimento animal.

Caberá ao STF, caso entenda que a prática continue inconstitucional, apresentar novos fundamentos e levar em consideração a enorme representatividade do grupamento humano atingido, bem como a necessidade de proteção do patrimônio cultural nordestino, que mobilizou o congresso e logrou aprovar uma Lei e uma Emenda Constitucional em curto espaço de tempo. Sobre o ponto, não se sabe o que decidirá o STF. Mas, sem dúvida, houve avanço na proteção dos animais, tal como exigido pela rodada anterior.

De outro lado, está mais claro que, para o grupamento humano envolvido e seus representantes congressuais, trata-se de uma importante manifestação cultural. Assim, ainda que para o homem da cidade a prática seja chocante, para o homem do campo, a figura do vaqueiro é fundamental, tendo se tornado uma profissão regulamentada, Lei nº. 12.870/13.

O que se quer ilustrar com o caso da vaquejada é que o diálogo institucional, que obviamente é uma metáfora e não reflete uma conversa entre pessoas, impõe a apresentação de razões claras, transparentes e suficientes, uma troca de textos que demonstre preocupação com os diversos interesses envolvidos.

A interação nem sempre será imediata. Pode ocorrer uma estabilização de uma controvérsia e, algum tempo depois, a dinâmica social apresentar novos desafios.

Tão logo a carne bovina possa ser produzida em larga escala nos laboratórios, a preocupação com o bem-estar dos bovinos pode suscitar novas medidas, muito além da inquietação do momento.

O Direito e a Política são construídos sobre fatos sociais dinâmicos, que provocam grande fricção entre o texto escrito e o direito não escrito, latente, que vem à tona nas controvérsias jurídicas, quando confrontado com o contexto de aplicação.

A abordagem dialogal, que concita os poderes a elevar suas performances deliberativas, pode distensionar o ambiente político e contribuir para uma melhor prática democrática, fomentando

o espaço político a considerar a normatividade da constituição, o que ensejaria uma maior contenção judicial em prestígio do espaço majoritário.

7 CONCLUSÃO

Referendos são mecanismos de consulta popular e de participação política direta. São úteis e legítimos para deliberações específicas e em ambientes políticos sadios, livres de coerção e outras mazelas destacadas ao longo do trabalho. Mas pouco performáticos para escolhas públicas complexas, que exijam grande quantidade de informações, expertise técnica, ou se trate de deliberações sobre direito das minorias, pertinentes a direitos fundamentais, ou salvaguardas democráticas.

Destacou-se que a América Latina possui graves problemas sociais e uma baixa institucionalidade, propiciando ambiente favorável à ascensão de líderes populistas, que tiranizam minorias, ou contornam salvaguardas democráticas. No lugar do debate qualificado sobre políticas públicas duradouras, com o fortalecimento das instituições, os autocratas optaram pelo caminho mais fácil, os referendos espúrios.

Destacou-se o "caso venezuelano" no qual o Presidente Hugo Chávez realizou profundas alterações no desenho institucional daquele país, contornando as salvaguardas democráticas, submetendo as alterações a referendo popular. Acredita-se que esse tipo de consulta popular tenha sido espúrio, posto que visou convalidar o projeto de poder de um líder autocrático e populista, cujas consequências para o povo venezuelano são sentidas até hoje.

O Direito não tem como alterar estruturas sociais, ou resolver a crise de representação política que acomete o Brasil. Mas pode contribuir para o fortalecimento de práticas democráticas capazes de alterar o quadro que desafia essa quadra da história.

O papel do direito e do Poder Judiciário é fomentar um debate mais qualificado no espaço majoritário, bem como melhorar a modelagem decisória do referido Poder, agregando um elemento performativo nas deliberações públicas.

Nas democracias constitucionais, exige-se um desempenho deliberativo equilibrado entre os Poderes, sem ficções anacrônicas, tais como as teorias supremacistas, do parlamento, ou das cortes constitucionais. Tais ficções insulam os Poderes e não aperfeiçoam o processo democrático, erodindo a representação política e a credibilidade do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, o STF em especial, tem papel importante na densificação das normas constitucionais, mas não é o dono da Constituição. Seu comportamento está sujeito às flutuações propiciadas pela interação entre instituições, em uma atividade colaborativa de construção dos significados constitucionais.

Sustentou-se, ao longo deste trabalho, uma juridicidade adequada aos novos tempos, bem como uma revisão teórica do princípio da separação de poderes, que deve ser performativo e levar em consideração a necessária dinâmica institucional dada pelo contexto decisório.

Acredita-se, por fim, que a teoria dialógica performática pode impulsionar o debate na direção certa, permitindo a circulação de ideias e aprimorando os processos deliberativos sobre questões com grande saliência política.

Diálogo institucional é uma metáfora. Uma medida limitada, a qual não segue um roteiro único. Trata-se de um modelo sub ideal, limitado no tempo. Em suma, não é uma panaceia para todos os males, mas um mecanismo mais adequado à complexa dinâmica institucional das democracias constitucionais e um esforço no sentido da conciliação da proteção de direitos com o devido respeito à soberania popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, p.13-32, 2018.

ATIENZA, Manuel. **Filosofia del Derecho y Tranformación Social**. Madrid: editorial Trotta, 2017, p. 55.

BARREYRO, Maria Emilia. Formas puras y corruptas de referéndums. Notas para una evaluación de su legitimidad democrática. **Isonomia**, n. 49, p. 71-102, 2018.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise-Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn law Review**., v. 71, issue 3, p. 1109-1180, 2006.

BARROS, Ana Tereza Duarte Lima de. **Desenho constitucional e populismo: o uso presidencial do referendo segundo o Novo Constitucionalismo Latino-americano**. In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE CIÊNCIA POLÍTICA, Montevidéu: ALACIP, p. 1-34, 2017.

BARROS, Ana Tereza Duarte Lima. A armadilha da democracia direta. **Revista de teorias da Democracia e Direitos Políticos**. Porto Alegre. v. 4, n.2, p. 1-22, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luis Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 25-75.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. El juez constitucional vs la supremacia constituicional. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 9, p. 17-59, 2008.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade 1856**. Tribunal Pleno do STF. Rel. Min. Celso de Melo. Dje, 14 de outubro de 2011.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade 2514**. Tribunal Pleno do STF. Rel. Min. Eros Grau. Dje, 9 de dezembro de 2005.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade 3772**. Tribunal Pleno do STF. Rel. Min. Cezar Peluso. Dje, 29 de junho de 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional 96 de 6 de junho de 2017**. Acrescenta §7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Dje 7 de junho de 2017.

BRASIL. **Recurso Extraordinário n. 153531/SC**. Segunda Turma do STF. Rel. Min. Francisco Rezek. Dje, 13 de março de 1998.

BRASIL. **Lei n. 12.870 de 15 de outubro de 2013**. Dispõe sobre o exercício da atividade profissional de vaqueiro. Dje, 16 de out. 2013.

BRASIL. **Lei 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Dje 30 de nov. 2016.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 13.

CEARÁ. **Lei n. 15.299/2013**. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado, Poder Executivo, Ceará, Dje 8 jan.2013.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.77.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron's Criticism on Judicial Review. In FERNANDES, Bernardo Gonçalves **et alii Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism**. Springer, 2016, p. 147-164.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v.84, n.2, p. 257-337, 2005.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? In FERNANDES, Bernardo Gonçalves et alii. **A Constituição e o passado. A Constituição e o futuro. A Constituição e o que não veio**: em homenagem aos 35 anos da Constituição brasileira de 1988.Belo Horizonte: D'placido, 2023, p. 163-203.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 183.

MENDES, Conrado Hübner. **O discreto charme da magistrocracia: vícios e disfarces do judiciário brasileiro**. São Paulo: Editora todavia, 2023.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale

Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n.2, p. 255, 2019.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Constitutional erosion in Brazil**. Bloomsbury Publishing, 2021.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 317.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Tradução: SABA, Roberto P. Gedisa. 1ª ed., 1997.

REIS, Jane. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 47.

ROCHA LEÃO, Andre Ladeira da. **Política pública em movimento**: a reconstrução de normas no modelo performativo. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2023.

SIMÕES, Julio Assis; FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". **Cadernos de Campo (São Paulo-1991)**, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

TULIS, Jeffrey. Deliberation between Institutions. In FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter (Ed.). **Debating deliberative democracy**. John Wiley & Son. 2003. p. 200-211.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de direito GV**, São Paulo. Jul-dez, 2008, p.441-464.

O MALIGNO VAPOR DO FASCISMO: BREVE REFLEXÃO SOBRE OS MOVIMENTOS E A ASCENSÃO FASCISTA NA ALEMANHA DO SÉC. XX E NO BRASIL DO SÉC. XXI

THE MALEVOLENT FOG OF FASCISM: A BRIEF REFLECTION ON THE MOVEMENTS AND FASCIST ASCENDANCY IN 20TH CENTURY GERMANY AND 21ST CENTURY BRAZIL

Francis Duarte[224]

Letícia Kreuz[225]

Resumo: Este artigo tem como objetivo examinar a ascensão dos movimentos totalitários nos séculos XX e XXI, analisando o período da República de Weimar até o início do governo de Adolf Hitler, bem como os ecos desses regimes na atualidade, com um foco especial no Brasil, abrangendo o período pré-regime militar de 1964 e o pós-2013. Utilizando revisão bibliográfica e o método histórico-construtivo, os resultados indicam que esses líderes compartilham traços e mecanismos semelhantes, embora as formas de ascender e perpetuar o poder variem, especialmente no século XXI, quando utilizam o sistema democrático para corroer suas estruturas internamente. Isso causa uma erosão das democracias liberais e inaugura uma nova era no Estado Democrático de Direito. A pesquisa também visou compreender, por meio de fontes históricas, os métodos utilizados pelos populistas autoritários, que encontram no medo da modernidade e nas redes sociais um terreno fértil para promover o fascismo. Este estudo é embasado pelas obras de Hannah Arendt, Adam Przeworski, Enzo Traverso, entre outros historiadores, juristas, filósofos e cientistas políticos.

224 Bacharelando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador no Projeto República/UFMG: núcleo de pesquisa, documentação e memória.

225 Professora substituta na Universidade Federal do Paraná. Doutora e mestra em Direito do Estado pela UFPR. Membro da ICON Society (The International Society of Public Law).

Palavras-chave: Fascismo; Pós-Verdades; Totalitarismo; Democracia.

Abstract: This article aims to examine the rise of totalitarian movements in the 20th and 21st centuries, analyzing the period from the Weimar Republic to the early years of Adolf Hitler's regime, as well as the echoes of these regimes in contemporary times, with a special focus on Brazil, covering the pre-1964 military regime and the post-2013 era. Utilizing bibliographic review and a historical-constructivist method, the findings indicate that these leaders share similar traits and mechanisms, even though the ways they ascend to and perpetuate power vary – especially in the 21st century, when they exploit democratic systems to undermine their structures from within. This leads to the erosion of liberal democracies and heralds a new era in the Democratic Rule of Law. The research also sought to understand, through historical sources, the methods employed by authoritarian populists, who find fertile ground in the fear of modernity and social media to promote fascism. This study is grounded in the works of Hannah Arendt, Adam Przeworski, Enzo Traverso, among other historians, jurists, philosophers, and political scientists.

Keywords: Fascism; Post-Truths; Totalitarianism; Democracy.

> Face a tudo o que ocorre na Europa e talvez no mundo inteiro, o nosso presente trabalho está naturalmente destinado a ser transmitido durante a noite que se aproxima: uma espécie de mensagem na garrafa.
> — Horkheimer, 1940

1 INTRODUÇÃO

Todos nós esperávamos que o totalitarismo fosse uma coisa do passado, que ele seria enterrado e, a lição ficaria para sempre como uma lembrança para não se repetir, uma espécie de mensagem na

garrafa direcionada aos cidadãos do futuro, como dizia Horkheimer. Grande ilusão! Em 1918, a Alemanha explodiu em uma revolução, apenas um ano depois de os bolcheviques estabelecerem, pelo menos no nome, uma ditadura do proletariado. Durante um breve período, via-se no horizonte a possibilidade que a revolução alemã pudesse ter o mesmo resultado que a Russa. Contudo, o resultado em 1919 foi um amplo compromisso liderado pelo Partido Social Democrata (SPD), surgindo assim a República de Weimar período esse que se tornaria um dos momentos históricos mais influentes, onde o fio da navalha cortou a história, realocando o xadrez geopolítico e com novos jogadores e táticas utilizadas que nem mesmo Machiavelli poderia prever (Morelock, 2018).

Os exemplos da Alemanha pós-república de Weimar e a Rússia stalinista mostraram como seria o fim da humanidade, o apocalipse aparentava ser real - o silêncio místico e o mal causado pelo homem trouxeram o terror à raça humana, um medo que nem Bergman[226] ou Hobbes abordaram em suas obras. É importante entender que o totalitarismo não surgiu apenas de um vácuo místico, Hannah Arendt explica em "As Origens do Totalitarismo" que o germe totalitário é apenas uma possibilidade, ao longo de um caminho que a maioria dos países está em um momento ou outro e é por isso que é tão importante entendê-lo. Uma das coisas mais perturbadoras do nazismo na Alemanha é a rapidez com que o país mudou. Eles passaram da democracia para os campos de concentração em menos de dez anos.

A maioria das pessoas supõe que os alemães da época eram diferentes da população ocidental do século XXI e que em nenhuma circunstância nos tempos presentes, cidadãos dotados de inteligência e com tanto acesso à informação cairiam no tipo de propaganda de Goebbels. Julgam que a democracia dos países ocidentais é forte e tem bases sólidas demais para ser destruída e é nesse ponto que reside

226 Ingmar Bergman foi um diretor, escritor e produtor sueco, considerado um dos maiores artistas do século XX, encontrou na literatura e nas artes cênicas uma maneira de recriar e questionar a condição humana e seus limites. Disponível em: French, Philip. 2007. «Twin visionaries of a darker art». The Observer. Consultado em 22 de maio de 2023.

o erro. Existe um certo tipo de conforto em achar que por aquele momento em específico ser uma espécie de período de exceção ele jamais vai se repetir, todavia, mesmo não se reprisando, as ideias totalitárias caminham pelo tempo, como uma corrente submersa que navega pelas linhas da história e aparecem de tempos em tempos, sob novas formas e nomes.[227]

H. Arendt em suas palavras descreve que:

> O sucesso dos movimentos totalitários entre as massas significou o fim de duas ilusões dos países democráticos em geral e, em particular, dos Estados nações europeus e do seu sistema partidário. A primeira foi a ilusão de que o povo, em sua maioria, participava ativamente do governo e todo o indivíduo simpatizava com um partido ou outro. [...] A segunda ilusão democrática destruída pelos movimentos totalitários foi a de que essas massas politicamente indiferentes não importavam, que eram realmente neutras e que nada mais constituíam senão um silencioso pano de fundo para a vida política da nação. Agora os movimentos totalitários demonstravam que o governo democrático repousava na silenciosa tolerância e aprovação dos setores indiferentes e desarticulados do povo, tanto quanto nas instituições e organizações articuladas e visíveis do país (Arendt, 1989. p. 362).

Há uma espécie de ilusão de que em sua maioria os cidadãos alemães eram politicamente ativos e faziam parte do movimento político durante a década de 1930. Os movimentos totalitários mostraram que as massas politicamente neutras e indiferentes poderiam facilmente ser a maioria em um país governado democraticamente e, portanto, uma democracia poderia funcionar de

227 Com base nas discussões e debates realizados nas aulas de História das Ideias, ministrada pela historiadora e cientista política Heloísa Starling, na Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais em 2018.

acordo com regras que são ativamente reconhecidas por apenas uma minoria. Em muitas democracias modernas podemos ver indícios de indiferença e sentimentos generalizados de desamparo, um tipo de solidão das massas e, quando se acredita que nem o seu voto nem a sua opinião importa, isso é um grande passo até se sentir que você mesmo não tem importância. Uma das consequências disso é a alta abstenção eleitoral e a descrença no sistema político vigente, adido a uma suposição de que as coisas serão como são, não importa o que um indivíduo faça. Essa ideia de indiferença é uma das características fortes dos dias atuais, mas também presente na Alemanha de 1933. A síndrome antidemocrática não surge do acaso, o fascismo não foi um breve momento de trevas nas linhas históricas do século XX, ele foi real e pior que o previsto nas distopias literárias do século passado, urge entender o que foi e como ele se instala na sociedade como uma erva-daninha que emaranha suas raízes e cresce aos poucos, lentamente a sufocando, esperando apenas um demagogo, um profeta do engano como diria Guterman, para acender essa faísca e soltar o vapor. É necessário estabelecer as bases certas, pois nem Trump, Orbán, Bolsonaro, Le Pen ou Meloni têm articulações ou a ideologia que os nazistas tiveram no período histórico da República de Weimar, eles têm uma característica própria dos novos tempos e seus expressivos números de votos, mostram que quando estão desesperadas, como pacientes terminais de uma doença, as pessoas vão atrás de qualquer remédio, agarram-se a sejam quais forem as possibilidades de salvação, mesmo quando oferecidas por impostores que vendem curas milagrosas (Przeworski, 2020).

2 UM PASSADO NÃO TÃO DISTANTE

Há energia reprimida na apatia e Arendt sugere que o desejo de ser mais que indiferente é o que os movimentos totalitários inicialmente manipulam até que o indivíduo esteja totalmente subsumido (Konder, 1979). O fator perturbador no sucesso do totalitarismo é a verdadeira

indiferença de seus adeptos, pois pode ser compreensível que um nazista (acrescentam-se aqui os fascistas e stalinistas) não seja abalado por crimes contra pessoas que não pertencem ao mesmo grupo de cidadãos que ele; mas, o fato surpreendente é que nem ele é capaz de vacilar quando o regime começa a destruir seus familiares e ele se tornar vítima da própria perseguição.

O contexto político atual, principalmente no leste europeu e no continente americano, em que existe uma grande tensão pairando sobre o mundo com uma iminente ruína da democracia, não é tão novo, Arendt já analisava como os regimes totalitários do século XX capitalizaram as tensões presentes na sociedade; de como houve rejeição maciça do sistema político existente como ineficaz e egoísta, algo não muito diferente do que é observado no Brasil de junho de 2013, passando pelo impeachment[228] de 2016 e culminando nas eleições de 2018; na primavera estadunidense de 2011 até a emblemática eleição de Donald Trump em 2016; na Venezuela de Nicolás Maduro ou na Argentina de Milei. Um exemplo mais claro que podemos rememorar é Hungria de Viktor Orbán que vem deteriorando as instituições democráticas e subvertendo as regras do jogo frequentemente (Levitsky; Ziblatt. 2018). O filósofo político David Runciman no emblemático livro "Como as democracias chegam ao fim", levanta um ponto interessante sobre o período atual, "eleições não parecem adiantar nada: vença quem vencer, os mesmos problemas persistem. A confiança na política democrática se encontra no ponto mais baixo de todos os tempos" (Runciman, 2018, p. 30). Essa rejeição às instituições é um dos fortes indícios do enfraquecimento das democracias como conhecemos.

Outro indício encontrado em nossos tempos é a grande massa desorganizada e sem estrutura de indivíduos furiosos que não tinham nada em comum, além, da vaga apreensão de que a esperança nos

228 Termo inglês que corresponde a um processo de cassação feito a partir de uma denúncia crime contra uma autoridade, geralmente um presidente, sendo a sentença proferida pelo poder legislativo. Fonte: Dicionário Priberam. Consultado em 21 de maio de 2024.

políticos acabou e que *todos são corruptos* ou fazem parte de um *establishment*[229], um sistema que não se importa com o povo. Com o advento das redes sociais, em especial o *Facebook* e os aplicativos de comunicação instantânea como o *Whatsapp* e *Telegram,* esse grupo de pessoas que não tinha direcionamento ou organização encontrou outros que souberam dosar e direcionar certamente essa fúria, um império da opinião e do ódio, uma espécie de esfera pública pré-hobbesiana como apontada por Miguel Lago[230]. Esse famoso comportamento de manada, que segundo Fabrício Benevenuto (UFMG), seria a tendência das pessoas de seguirem um grande influenciador ou mesmo um determinado grupo, sem que a decisão passe por uma reflexão individual.[231]

Hannah Arendt, explica um pouco sobre esse movimento de massas e como ele abre caminhos para regimes totalitários.

> A verdade é que as massas surgiram dos fragmentos da sociedade atomizada, cuja estrutura competitiva e concomitante solidão do indivíduo eram controladas apenas quando se pertencia a uma classe. A principal característica do homem da massa não é brutalidade nem a rudeza, mas o seu isolamento e a sua falta de relações sociais normais. (...) A queda das paredes protetoras das classes transformou as maiorias adormecidas, que existiam por trás de todos os partidos, numa grande massa desorganizada e desestruturada de indivíduos furiosos que nada tinham em comum exceto a vaga noção de que as esperanças partidárias eram vãs (Arendt, 1989. p. 365-367).

229 O termo inglês *establishment* refere-se à ordem ideológica, econômica e política que constitui uma sociedade ou um Estado. Em sentido depreciativo, designa uma elite social, econômica e política que exerce forte controle sobre o conjunto da sociedade, funcionando como base dos poderes estabelecidos.

230 Linguagem da destruição: A democracia brasileira em crise. Miguel Lago, Newton Bignotto, Heloisa Murgel Starling. Companhia das Letras, 2022.

231 Fonte: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42243930 Consultado em 21 de junho de 2022.

Um governo totalitário utiliza essa atitude das massas ao isolar completamente os indivíduos, criando um inimigo em comum, gerando dúvida e desconfiança. O medo se torna uma arma poderosa, as pessoas não sabem mais em quem confiar, evitam o contato com os diferente, não para evitar a descoberta de pensamentos diversos ao regime, mas, para eliminar possíveis problemas futuros; todos se tornam inimigos de todos, pois, a partir do momento que se cria uma divergência do governo ou do líder, a massa se volta contra esse indivíduo - o mal não é mais óbvio e claro, ele pode estar em todos os lugares como aponta Baumann e Donskis: "Guerra é Paz E Paz É Guerra" (Baumann; Donskis, 2019, P. 15). No Brasil sobre o bolsonarismo isso foi visto com frequência, os críticos do presidente Jair Bolsonaro, que mesmo sendo apoiadores se tornam inimigos "comunistas", "corruptos", "antipatriotas", "esquerdistas", "traidores" por simplesmente criticar, cobrar posicionamento ou ações do governante sobre certos temas, durante o auge da pandemia do Covid-19 isso se explicitou, todos que divergiam do mandatário eram automaticamente aniquilados na praça pública virtual, em uma visão orwelliana se torna fácil desqualificar o outro, a memória de seu apoio se desfaz, todos que não estão com o grande irmão, são inimigos e inimigos podem ser eliminados, a guerra de narrativas iniciada nos recôncavos do X (ex-*Twitter)* ganha a cena pública e o diálogo se torna impossível.

3 PÓS-VERDADES: VIOLÊNCIA VAZIA

Fake news, pós-verdades, *memes*, terraplanismo, inúmeras são as palavras que tentam definir o que está acontecendo com o mundo; é perceptível essa luta com a verdade hoje, onde as opiniões têm o mesmo peso que os fatos, o que leva a debates intermináveis e à suposição de que nada é conhecido de qualquer maneira; porém, quando se vai ao passado com as perguntas do presente, como diz a historiadora

Heloisa Starling[232], conseguimos entender que tudo estava lá de alguma forma. Hannah Arendt aponta em suas obras todas as particularidades desse regime, que é algo que não foi visto até aquele momento na história, é novo, é diferente; todavia, ele toma pedaços do passado para mostrar que é novo em sua essência, não em sua forma. Na era das redes, o fascismo dificilmente terá o rosto de Mussolini, Hitler ou Franco (Traverso, 2021); nem precisa do terror totalitário, ele acende e se mantém no poder de formas novas. O que está acontecendo no século XXI encontra semelhança em casos do passado, pois, bebe das fontes antigas do fascismo; a sensação de impotência diante da ruína da democracia deixa um sentimento complexo nas pessoas, é como se estivéssemos vendo-a ser corroída de dentro e nos tornamos meros expectadores atrás de uma tela escura.

O historiador italiano Enzo Traverso, em uma análise pontual dos movimentos de extrema-direita na atualidade, traz uma ponderação interessante entre à distinção do pós-fascismo e do neofascismo, eles não podem ser confundidos, quando se fala sobre fascismo não existe ambiguidade e os fenômenos são claros, mas quando se olha para o que está ocorrendo no Brasil, Hungria, Itália, Polônia e França, as novas forças da direita radical são tão heterogêneas que é complexo e perigoso colocá-las no mesmo lugar de análise, nas palavras de Traverso: "o pós-fascismo também deve ser distinguido do neofascismo, que é uma tentativa de perpetuar e regenerar o velho fascismo, [...] não podemos ignorar o ventre fascista de onde surgiram, dado que suas raízes são históricas, devemos levar em consideração suas metamorfoses (Traverso, 2021, p. 17).

Voltando a Arendt, ela pondera que existe a possibilidade de que mentiras colossais e perversas possam finalmente demonstrar fatos incontestáveis, com uma liberdade para mudar seu passado como deseja e que a diferença entre verdade e falsidade não mais existiria, fraudando o passado, algo que está ocorrendo com uma frequência assustadora nas primeiras décadas do século XXI. Esse sentimento

232 Com base nas produtivas conversas realizadas entre a primavera de 2021 e inverno de 2022, com a historiadora e cientista política Heloísa Starling, orientadora do autor.

de medo e isolamento foi o que os regimes totalitários criaram ao manipular pelo terror aleatório que cortou qualquer forma de conexão com outros seres humanos. O filósofo polonês Zygmunt Baumann nos traz uma afirmação poderosa sobre a capitalização do medo ao afirmar que: "[...] o medo é um dos aspectos mais representativos nas sociedades abertas atualmente, com isso a insegurança e a incerteza nos tornam frágeis e com um sentimento de impotência" (Bauman; Donskis, 2019 p. 167). Esse sentimento de insegurança e incerteza constante é o que produz em vasta escala as ficções distópicas que se tornam alertas, como placas de neon iluminando a sociedade e mostrando para qual caminho estamos indo e, que ainda é possível parar e mudar o curso da história, incrustam nos leitores medo como Cassandra nos corredores de Tróia, mas assim como na épica grega, na atualidade muitas vezes os alertas são desacreditados e deixados a mercê, até que os sinais ficam fortes demais para ignorar, a realidade se mistura a ficção e os neo-totalitários já estão no poder.

O totalitarismo demanda a lealdade total, irrestrita e incondicional dos membros. Esse tipo de lealdade só pode ser esperado do ser humano completamente isolado que sem nenhum outro laço social com a família, amigos ou mesmo meros conhecidos, emana seu senso de ter um lugar no mundo apenas ao pertencer a um movimento, seja dos camisas pretas aos camisas-verdes ou recentemente os seguidos do *QAnon*. No mundo distópico criado por George Orwell é possível vislumbrar esse tipo de sentimento nos personagens em relação ao grande irmão e ao partido, na obra de Margaret Atwood a mesma desconfiança e isolamento é expressada nos moradores de Gileade. O totalitarismo tem a intenção de se perpetuar no poder, mas com um discurso de que será momentâneo, o medo é um requisito, o medo é o que mantém vivo o movimento, esse inimigo muitas vezes pode ser personificado em pessoas de religiões diversas do cristianismo, movimentos sociais de luta pela terra ou proteção ao meio-ambiente, grupos dito minoritários como a comunidade LGBTQ+, feministas, judeus, ciganos e partidos de esquerda ou de direita.

Essas construções de inimigos, ideologia cega e solidão é a base na qual os regimes infiltram suas mensagens que são criadas e direcionadas, uma espécie de doutrinação ideológica moderna, travestida de liberdade de expressão. A legitimidade dos governos atuais que não mais precisam de um golpe militar e armado, mas, que por meio do processo democrático ascendem ao poder e após vão destruindo as instituições, corroendo a democracia como um câncer, silencioso e letal. Os exemplos atuais e do passado mostram o quanto os indivíduos estão sujeitos a acreditar no pior, não importa quão absurdo seja e que as mentiras se tornam uma verdade, assim elegem e compram o discurso antidemocrático por meio da democracia (Snyder, 2019). O perigo para o futuro das democracias ocidentais como conhecemos no mundo é grande, a violência vazia e sem sentido toma uma forma cada vez maior, como aquele *videogame*[233] onde as peças vão sendo engolidas aos poucos.

Um fator muito importante nessa discussão é o combate à imprensa e a tentativa de descrédito dos meios de comunicação, pois os pensadores representam uma ameaça, então frequentemente estão entre os primeiros a serem eliminados ou desacreditados. Livros, revistas, jornais, programas de televisão - existe um tipo de censura sutil, não explícita, que vai moldando aquilo que é falado e mostrado, criando uma ilusão dentro da sociedade que tudo está bem e as instituições estão funcionando, ao mesmo tempo em que jornais estão fechando as portas[234], a atuação da mídia *mainstream* durante certos momentos históricos contribuiu para descrença e, isso por si só daria um outro trabalho, mas não é o foco aqui. O Brasil é um país com graves problemas de educação e alfabetização e os meios

233 Pac-Man é um conjunto de jogos de videogame, feito pela empresa japonesa Namco. No jogo o objetivo é percorrer um labirinto comendo pontos e peças. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/webstories/tec/2020/10/a-historia-do-jogo-pac-man/ Consultado em 20 de julho de 2022.

234 Durante a gestão Bolsonaro alguns importantes veículos jornalísticos estrangeiros como norte-americano HuffPost Brasil e o espanhol El País, deixaram de operar no Brasil. Fonte: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/12/jornal-el-pais-encerra-edicao-brasileira-e-pega-equipe-de-surpresa.shtml Consultado em 27 de maio de 2022.

de comunicação não conseguem transmitir informação de uma forma que converse com uma grande parcela da população, o que se torna uma ferramenta nas mãos dos regimes antidemocráticos que ganham poder desacreditando e violentando a grande mídia e os jornalistas, usando de um artifício eficaz que é falar diretamente com a população, "*lives no facebook*", "*não confiem na mídia, mas no seu presidente ou ministro*", está tudo desabando diante dos nossos olhos.

4 BRASIL, ONDE O ONTEM É SEMPRE HOJE

O Brasil passou por uma grande mudança em seu perfil socio-democrático desde do fim do período dos militares que governaram o país por mais de vinte anos, é importante fazer um passeio pela história e entender o que levou a esse período histórico sombrio e, ao mesmo tempo, glorioso sob outros pontos e outras óticas, que vem sendo apropriado por governantes e atores político-sociais, a história e a memória são altamente seletivas e é por isso que há tantos lados e opiniões sobre o golpe civil-militar de 1964. O conhecimento histórico é um campo poroso, mas também um terreno prolífero para expressão de disputas políticas e sociais. Durante décadas e séculos uma disputa de narrativa foi sendo construída, é importante frisar que não existe um lado errado ou certo quando se discute a história, não se pode colocar um prisma como o absoluto, os fatos estão espalhados nas páginas da história, porém, interpretá-los cabe muitas vezes ao historiador, juntando os pequenos cacos e construindo uma narrativa consistente em alusão a Walter Benjamin.

No período que antecede ao golpe de 31 de março de 1964, uma parte da população brasileira descontente com a economia e medo do fantasma do comunismo que assolava a América Latina sai às ruas e, com ajuda da imprensa, mobiliza o povo a clamar por uma intervenção. As Marchas da Família com Deus pela Liberdade ganharam destaque em um momento de grande conflito e tensão, pois, diversos setores da sociedade se manifestaram. Enquanto os movimentos sociais se

aproximavam do presidente João Goulart que adota uma estratégia típica para obter apoio social ao seu governo, criando as reformas de base - agrária, bancária, administrativa, universitária e eleitoral. As marchas iam para o lado oposto, lideradas por autoridades civis e religiosas, rogavam pela tradição familiar, pelos valores cristãos e a propriedade privada, Deus, Pátria e Família não é um slogan recente.

Uma outra estratégia bastante utilizada no período e que encontrou ecos na atualidade foi o poder da imprensa e da mídia que começava a ganhar no Brasil força política. A influência dos meios de comunicação, principalmente, televisão, rádio e imprensa de direcionar as massas utilizando de um jornalismo norteado aos seus interesses não é algo novo na história do Brasil, no início do século XIX pré-independência diversos jornais liberais circulavam pelas províncias levando ideais iluministas, na década de 1960 ou nos idos 2015-2016 os fatos mostram o quanto ao mover o ponto e direcioná-lo, seja para enfraquecer ou fortalecer a imagem de um político ou partido, a mídia se torna uma poderosa ferramenta de influência popular. Os ataques contra o governo Goulart começaram com o uso da imprensa. "[...] Houve um processo de demonização em que se acusou o governo até de ofender a Virgem Maria: as figuras do governador Ademar de Barros e da deputada Conceição da Costa Neves rezando o terço em defesa da Virgem são tópicos característicos (e atualmente um tanto surrealistas) dessa campanha" (Chiavenatto, 1994).

A construção de símbolos que permeiam a memória e mexem com os sentidos das massas é uma estratégia habitual das mídias em conjunto com interesses próprios ou de grupos oligárquicos. Percorrendo outra caminhada nas páginas da história brasileira é possível ver essa estratégia sendo utilizada durante os anos 90 e o governo de Fernando Collor de Mello, em Junho de 2013 durante as jornadas. Primeiro se constrói uma imagem negativa, depois se relativiza e muda o ponto de ataque, durante o curto segundo mandato da presidente Dilma Rousseff é observado um uso exagerado em direcionamentos a políticos e ao Partido dos Trabalhadores (PT), isso

com o advento das redes digitais gera a descrença na grande mídia (Bauman e Donskis, 2019).

Mas voltando aos anos 60, essa estratégia foi muito utilizada, naquele momento a imprensa, principalmente o rádio, era o meio mais fácil de comunicação que o Brasil possuía, abrangendo todas as classes e chegando a população rural, que era maioria no país. Se for acrescido a tudo isso a expansão do período da Guerra Fria no mundo e toda à instabilidade na América Latina conjuntamente com o apoio dos Estados Unidos, encontra-se o momento perfeito para a tentativa de um golpe que estava sendo gerido a anos e que esperava o momento certo para expelir. Seguindo esse contexto e com um grande apoio popular, imensa polarização, a tensão aumentou e gerou uma rebelião de militares favoráveis a um imediato golpe de Estado. Foi então que, em 31 de março de 1964, forças militares de Minas Gerais – da cidade de Juiz de Fora, lideradas pelo general Olympio Mourão Filho deflagraram o golpe militar contra o governo legítimo de João Goulart. Vinte e um anos depois, chegava ao fim esse sombrio período da história brasileira e começava um fortalecimento do Estado Democrático de Direito, mas em um país como o Brasil, era possível falar em um renascimento da democracia ou era mera ilusão.

Os anos noventa foram de conquistas no ramo dos direitos e garantias fundamentais, com processos democráticos sem interferência militar e a participação popular crescente até meados dos anos 2000. Tudo parecia funcionar perfeitamente, a América Latina que tinha sido dominada por ditaduras sangrentas durante o século XX agora estava em pleno vapor democrático, o Brasil em especial se destacava com a eleição de um trabalhador fabril que não vinha das elites como presidente do país e o crescimento quase milagroso da sua economia. Entretanto, algo continuava no ar, um cheiro comum na América Latina tão castigada por suas riquezas. Diferente de seus vizinhos, o Brasil nunca acertou as contas com o passado, não colocou os ditadores no banco dos réus, apenas virou a página da história em favor de uma, em tese, governabilidade, isso explica em partes, o saudosismo de um regime que foi tão cruel quanto as distopias

literárias de Rubens Fonseca. Não julgar os crimes cometidos pelos agentes do Estado no período militar, revela um Brasil que reluta como sempre a se olhar no espelho (Meyer, 2012).

O crescimento de uma classe social pelo consumo não estava agradando a todos e logo a crença no sistema viria a desmoronar. Com o baixo crescimento econômico que as economias sul-americanas tiveram no início dos anos 2010, a popularização das redes sociais, somada a crises políticas e econômicas culminaram na queda de políticos e empresários tradicionais no poder e uma polarização nas ruas que levou a um ampliamento vertiginoso dos movimentos que flertavam com o saudoso governo militar, assim, em conjunto com a atuação crescente do judiciário sobre os outros poderes o equilíbrio foi desfeito e o terreno ficou perfeito para um pseudo *outsider*[235] assumir a posição de líder das massas deslocadas do capital.

5 UM GRITO DOS EXCLUÍDOS/UM SILÊNCIO DOS EXCLUÍDOS

A perseguição a grupos minoritários - não em número, mas em especificidades - é notória na história desde quando se tem conhecimento. Na Alemanha, durante o governo nazista; judeus, ciganos, homens gays entre outras minorias eram tratadas como não humanos e assim seus direitos poderiam ser facilmente retirados, a concepção de criar a figura do outro, que se torna o inimigo é velha conhecida dos movimentos autoritários. O inimigo é personificado em todos que não fazem parte daquele grupo da dita maioria ou que discordam do líder, ocorre a desumanização do outro que podem ser nos dias atuais os refugiados, comunistas, as feministas, os coletivos de direitos humanos ou como o próprio Führer diz no Mein Kampf (em português livre: Minha Luta) que se não existisse a figura do judeu,

235 Termo cunhado nos Estados Unidos para se referir a um político que não faz parte do *establishment*.

seria preciso inventá-lo[236]. Milhares foram e são mortos por esses regimes ao redor do mundo, sofrendo todo o tipo de perseguição.

É importante levantar aqui que não só em regimes autoritários e ditaduras essas minorias sofrem, em democracias liberais como: a estadunidense e inglesa há perseguição constante contra minorias, em um recorte histórico podemos citar a população negra no sul dos Estados Unidos, os latinos, asiáticos e muçulmanos nos últimos vinte anos, não muito diferente da perseguição a comunidade LGBTI+[237] e as mulheres do movimento feminista na Inglaterra, França e diversos países democráticos. Seria possível citar centenas de exemplos atuais, essa desqualificação do outro é demonstrada com inúmeros episódios de violência, aumento do desemprego entre cidadãos que pertencem a esses grupos e o não acesso a coisas básicas de sua sobrevivência, como moradia e saúde, tudo isso em um mundo que se diz seguidor dos direitos humanos. É surpreendente e notória a quantidade de nações que violam os direitos humanos de seus cidadãos e mesmo assim ainda tem cadeira no conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, essas violações que eram veladas durante o início dos anos 2000 em muitos lugares onde se celebrava a chegada da plena democracia, agora durante o crescimento da onda de extrema-direita populista no mundo ocidental vem sendo tirada do armário e colocada às claras. Trazendo essa discussão para o cone sul-americano, em específico para o Brasil é preciso entender um pouco essa diferença e o que causa esse abismo que separa as minorias.

O surgimento das políticas públicas no Brasil como forma de corrigir os erros históricos de desigualdade, começa com a implementação das ações afirmativas (affirmative actions[238]), que

236 Com base nas discussões realizadas na palestra: "Ovo da Serpente", ministrada pelo professor Flávio Ricardo Vassoler (USP) em agosto de 2018.

237 Utilizaremos a sigla LGBTI+ por entender que ela é de mais fácil compreensão e também por ser a mais aceita entre os estudiosos do tema, conforme aponta o professor e ativista Renan Quinalha no livro Movimento LGBTI+, uma breve história do século XIX aos nossos dias (Editora Autêntica, 2022).

238 Termo cunhado nos Estados Unidos no período do *Welfare State*, chamado no Brasil de Bem-estar social.

se configuram como uma forma de "[...] eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização [...]" (Santos, 1999, p. 25).

Nas palavras do jurista Joaquim Barbosa Gomes, essas ações:

> Consistem em dar um tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no mainstream, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão (Gomes, 2001, p. 222).

A importância das ações afirmativas para equilibrar a balança da desigualdade no Brasil ficou evidente como foco das políticas públicas pós 1988. Com uma sociedade tão conservadora e recém-saída de um longo governo militar, o adimplemento dessas ações não seria tão rápido. Apesar das críticas, é nítido que, com o histórico de segregação das classes menos favorecidas na história brasileira, essas medidas são necessárias e fundamentais. Os mecanismos de manutenção das desigualdades e de um sistema em que apenas uma parte da população se favorece, contribuíram fielmente para a situação de desigualdade e exclusão no surgindo assim os chamados por Moreira (2010, p. 15-54) de sub-cidadãos "[...] a imagem de inferioridade interiorizada na identidade de enorme parcela de indivíduos brasileiros contribuiu para a formação (e constante renovação) de um imenso contingente de (sub)cidadãos."

Esses "sub-cidadãos" apontados por Moreira, analisando o histórico brasileiro, seriam em suma os negros, os pobres, indígenas,

mulheres, idosos, populações ribeirinhas, LGBTs e nordestinos (Duarte e Correia, 2016, p. 135-153). Por causa de uma simples característica, indivíduos dessas chamadas minorias, são subjugados aos becos da sociedade e nos rodapés da história, sendo tratados de forma discriminatória durante séculos, a criação de políticas públicas de correção dessa desigualdades e decisões do judiciário em favor desses grupos foi gerando um grande ressentimento de uma parte das massas e o ressentimento dosado é uma poderosa arma política, líderes populistas como Bolsonaro souberam dosar e direcionar esse sentimento, aludindo um falso passado e culpando esses grupos pela decadência dos ditos cidadãos de bem.

É relevante dar voz aos excluídos, pois em regimes autoritários eles são os primeiros a perder seus direitos, serem mortos e atacados. Com um crescimento tão rápido de populistas que usam o termo "politicamente correto" para criticar leis que os impedem de ofender minorias é grave e alarmante que se rememore o quão rápido a Alemanha cedeu a um líder popular e carismático, que se tornou um dos maiores genocidas da história da humanidade, é bom que se dê nome a eles para que não se tornem mitos e lendas, Adolf Hitler em seu período como líder da Alemanha comandou o extermínio metódico de 6.000.000 de judeus, entre inúmeras outras minorias não contabilizadas (Gilbert, 2010).

6 CONCLUSÃO

O panorama das crises da democracia está cheio de eventos imprevisíveis, como afirma Przeworski, a questão é saber se a ameaça à democracia vai sair fortalecida ou completamente destruída como tantos outras formas ao longo da história, a maior parte do que conhecemos como governos democráticos foram estabelecidos como reação a um governo totalitário, seus sistemas institucionais foram projetados para impedir que governantes se mantenham no cargo independentemente dos clamores populares ou adotem medidas

que restrinjam liberdades individuais.[239] Entretanto é fácil perceber que isso não tem funcionado, vários líderes ao redor do mundo tem conseguido mudar as estruturas por dentro como já exemplificado no início desse texto e os movimentos neofascistas tem conseguido grande mobilização em todas as faixas etárias e grupos sociais. Durante o séc. XX e XXI vivenciamos e observamos uma expansão do fascismo em diversas partes do mundo, como Arendt dizia sobre novos nomes e formas, ele vai penetrando e basta uma pequena batida que a casca do ovo da serpente[240] se quebra e é nítido em diversos momentos que uma parte considerável da população existe uma tendência a ser seduzida pelo autoritarismo, demagogos surgem o tempo todo em todos os momentos (Schwarcz, 2018). "Uma das razões pela qual o fascismo tem uma chance é que em nome do progresso, seus oponentes o tratam como uma norma histórica." Walter Benjamin (1985) escreveu essas palavras ao observar o avanço do fascismo e do autoritarismo na Europa nos anos 30, mas é facilmente possível utilizar essas palavras posteriormente a sua trágica morte, suas palavras ficaram para eternidade. É preciso estar atento como dizia Horkheimer, a lanterna acesa, Arendt destrinchou e se tornou uma leitura obrigatória, pois somente assim, olhando o passado e estando alerta com os sinais será possível evitar e lutar contra esses movimentos, pois nunca se sabe em qual momento vai ocorrer a passagem da violência verbal *on-line* para a física.

239 Adam Przeworski, 2020.

240 O ovo da serpente (Das Schlangenei /The Serpent's Egg) é um filme estadunidense e alemão de 1977, dirigido por Ingmar Bergman que mostra a ascensão do nazismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATWOOD, Margaret**. O Conto da Aia**. Tradução Ana Deiró. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2017.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Cia das letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. DONSKIS, Leonidas. **Medo Líquido: Vivendo num mundo sem alternativas.**Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2019.

FAUSTO, Boris**. História do Brasil.** São Paulo: EDUSP, 1996.

GOMES, Joaquim.B.Barbosa. As Ações **Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva, Cadernos do CEJ, Seminário Internacional -** As Minorias e o Direito, 2001.

HORKHEIMER, Max. '**The End of Reason'**. Studies in Philosophy and Social Science. 1942

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Ditadura e Responsabilização: Elementos Para uma Justiça de Transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MORELOCK, J. 2018. Introduction: The Frankfurt School and Authoritarian Populism – A Historical Outline. In: Morelock, J. (ed.) **Critical Theory and Authoritarian Populism**. London: University of Westminster Press.

MOREIRA, Nelson Camatta. A filosófica Política de Charles Taylor e a Política Constitucional de Pablo Lucas Verdú: Pressupostos para a construção do sujeito constitucional. In **Revista de Direitos e**

Garantias Fundamentais, Nº 08, Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV / Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.b. p. 15-54.

ORWELL, George. **1984**. Tradução: Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Rio de Janeiro: Zahar.2020

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Todavia. São Paulo.2018.

SANTOS, H. et al. **Políticas públicas para a população negra no Brasil**. ONU, 1999. [Relatório ONU].

SNYDER, Timothy **Na contramão da liberdade : A guinada autoritária nas democracias contemporâneas**, Tradução Berilo Vargas. — 1a - ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2019

KONDER, Leandro. **Introdução ao fascismo**. Rio de Janeiro: Graal.1979.

PARA ALÉM DA DEMOCRACIA MILITANTE: UMA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR SOBRE OS MECANISMOS INSTITUCIONAIS E DIMENSÕES CONCEITUAIS PARA UM CONSTITUCIONALISMO DE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

BEYOND MILITANT DEMOCRACY: A PRELIMINARY INVESTIGATION INTO THE INSTITUTIONAL MECHANISMS AND CONCEPTUAL DIMENSIONS FOR A CONSTITUTIONALISM THAT PROTECTS CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

Samuel Pereira de Farias[241]

Resumo: Este artigo busca estabelecer linhas iniciais para um esforço de pesquisa maior – que ainda se encontra em fase inicial – acerca do aparato conceitual e das estratégias associadas à democracia militante e se estes são adequados para um constitucionalismo de proteção à democracia. Trata-se de trabalho de natureza qualitativa e exploratória, na medida em que, neste momento, se preocupa em identificar como a literatura acadêmica tem pensado os novos desafios impostos pelos processos de erosão democrática e a literatura sobre democracia militante. Neste esforço teórico preliminar, medidas como levantamento bibliográfico e análise de exemplos do direito comparado que estimulem a compreensão são empregados. Pela própria natureza de ser este um esforço de pesquisa ainda em estágio inicial, não se estabelecem conclusões sólidas, mas alguns insights e hipóteses para teste futuro já se desenham e são apontados ao final do trabalho.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Democracia Militante; Democracia defensiva; Autoritarismo; Erosão constitucional.

241 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e doutorando pela mesma instituição. Lattes: https://lattes.cnpq.br/0627811768911788; email: samuelpfarias9@gmail.com.

Abstract: This article seeks to establish initial lines for a larger research effort - which is still in its early stages - on the conceptual apparatus and strategies associated with militant democracy and whether they are suitable for a constitutionalism that protects democracy. This work is qualitative and exploratory in nature, as it is currently concerned with identifying how academic literature has thought about the new challenges posed by processes of democratic erosion and the literature on militant democracy. In this preliminary theoretical effort, measures such as a bibliographical survey and analysis of examples of comparative law that stimulate understanding are employed. Due to the very nature of this being a research effort still in its early stages, no firm conclusions have been drawn, but some insights and hypotheses for future testing have already been outlined and are pointed out at the end of the paper.

Keywords: Constitutionalism; Militant Democracy; Defensive democracy; Authoritarianism; Constitutional erosion.

1 INTRODUÇÃO

Para além de uma concepção minimalista de democracia – entendida como um arranjo político no qual as pessoas escolhem governos por meio de eleições e têm uma razoável possibilidade de remover governos de que não gostem (Przeworski, p.29, 2019) – a *democracia constitucional* é entendida como uma ordem política que promete proteger os direitos básicos essenciais ao processo democrático) limitando o poder da maioria no governo, proporcionando oportunidades estáveis e regulares para mudar maiorias e governos, garantindo mecanismos sociais e processuais que permitam a maior parte da população que participe do jogo político, influenciando as decisões e mudando quem toma decisões (Huq; Ginsburg; p.92, 2017).

Entre o colapso da União Soviética e o início do século XXI, a democracia constitucional parecia – se não consolidada em boa parte do mundo - ao menos fixada como o horizonte político desejável,

como a gramática possível em que o jogo político ordinário deveria se desenvolver (Mounk, 2019). Contudo, desde, pelo menos, o início da segunda década deste século, democracias constitucionais até então vistas como consolidadas e funcionais passaram a ver a ascensão de lideranças com agendas autoritárias – por mecanismos democráticos e eleições livres – que, uma vez instalados no poder, passam a corroer as bases da democracia. O instituto de pesquisa V-Dem (*Varieties of Democracy*) apontou, em 2018, que a autocratização de regimes políticos no mundo já afetava ao menos 2,5 bilhões de pessoas. Em 2020, assinalou que, pela primeira vez desde 2001, os regimes autocráticos superaram quantitativamente os regimes democráticos, atingindo 92 países e 54% da população mundial. Já em 2022, com os efeitos da pandemia da covid-19 sobre os regimes políticos, dos 179 países avaliados pelo V-Dem, foram classificados como autocracias fechadas, enquanto 60 nações foram enquadradas como autocracias eleitorais — o regime mais comum no planeta (Brito et al, p. 12, 2023).

Como apontado por Tom Daly, multiplicaram-se na literatura acadêmica os termos para designar a degradação progressiva do regime democrático ao redor do mundo: constitucionalismo abusivo; legalismo autocrático; constitucionalismo populista[242]; constitucionalismo de má-fé; desconstitucionalismo; retrocesso constitucional; captura constitucional; podridão constitucional; decadência constitucional; desconsolidação democrática; retrocesso democrático; retrocesso autoritário; retrocesso do estado de direito; erosão democrática; recessão democrática; etc (Daly, p. 9, 2019). Nessa miríade conceitual, Daly, opta pelo conceito de decadência

242 Sobre o conceito de populismo: Não há como entender os sentidos do termo populismo sem compreender quem são aqueles que o enunciam. A acusação de populismo pode ser um recurso retórico efetivo para rebaixar o adversário. (Lago; Barros, p. 10, 2022) Define-se populismo como uma ideologia rasa que vislumbra a sociedade separada fundamentalmente em dois grupos homogêneos e antagônicos – o povo imaculado e a elite corrupta – e que defende que a política deve ser nada mais do que a expressão da vontade geral do povo (Mudde, p.23, 2022) e, ainda, como uma um *estilo* de fazer política típico de ambientes democráticos ou de massa, praticado por uma liderança carismática, que reivindica a representação de uma maioria contra o restante da sociedade (Lynch; Casimiro, pp.14-15, 2022).

democrática (*democratic decay)*, significando este um "meta-conceito" que se relaciona não só com os ataques expressos às estruturas do governo democrático, mas também com o enfraquecimento mais difuso das estruturas democráticas por uma variedade de outros atores políticos, e com os processos mais amplos e a mais longo prazo que minam os sistemas democráticos, tais como o declínio da fé pública na democracia e a disfunção do processo político (Daly, p. 18, 2019).

Ataques à democracia não são novidades na Era Moderna, de modo que a inovação dos atuais processos de erosão democrática fica por conta de que os colapsos autoritários, outrora advindos de golpes militares ou civis (tomadas de poder pelo uso da força que demandam uma ruptura súbita e aguda com a ordem vigente) vem sendo substituídos por regimes autoritários que acedem ao poder mediante eleições. Em outras palavras, a força que desvenda a contestação à democracia, muitas vezes, se não necessariamente, é interna ao sistema democrático, promovida por um partido, uma liderança ou uma coalizão de partidos que chegaram ao poder por meio de eleições (Huq; Ginsburg, p. 77, 2018). A literatura acadêmica vem apontando os seguintes mecanismos de erosão democrática: o uso de emendas constitucionais e medidas infralegais para alterar os arranjos básicos de governança; a eliminação dos meios de controle que operam entre os diferentes poderes; a centralização e politização do poder executivo exercido por meio de uma burocracia; a contração ou distorção de uma esfera pública compartilhada na qual os direitos liberais de expressão e associação podem ser exercidos; e a eliminação ou supressão da competição política partidária efetiva e a perspectiva relacionada com a alternância dos cargos eletivos (Huq; Ginsburg, p.73, 2018), além do c*ourt-packing,* ou captura do Poder Judiciário, especialmente das cortes superiores, para não se imporem contra os desejos autoritários dos populistas regionais (Conci, p. 228, 2023).

Nesses novos regimes coexistem práticas democráticas (realização de eleições, por exemplo) e manifestações autoritárias (ataques a direitos fundamentais, fragilização dos mecanismos de freios e contrapesos entre as instituições políticas etc), fator que

tem feito com que a literatura os chame de *regimes híbridos*. O termo "híbrido" se justifica pelo fato de que tais regimes não se enquadram nas definições clássicas de "democracia" e/ou "autocracia", mas mesclam características de cada regime (Brito; Mendes, p.19, 2023). Ao redor do mundo, costuma-se citar como exemplos de países em que processos de erosão democrática estão (ou estavam) em curso a Hungria, a Turquia, a Polônia, Filipinas, Índia, Estados Unidos e Brasil – cada um desses países com particularidades que mereceriam um maior grau de detalhe.

Em que pese haver fatores socioeconômicos e institucionais que expliquem a ascensão da extrema direita e do populismo no Brasil e no mundo, a ascensão das mídias sociais como instrumento do jogo político parece ser uma variável que não pode ser afastada no diagnóstico e nas propostas de intervenção diante dos processos de erosão democrática. Desde que existe uma era democrática, ela é regida por *gatekeepers*, os "guardiões dos portões" da sociedade (como partidos políticos, sindicatos e mídia tradicional). As mídias sociais, entre outros fatores, corroeram o poder dos *gatekeepers*. A custo zero, candidatos podiam construir sua própria maneira de se comunicar com o público, levantando fundos e contornando os *gatekeepers*. As elites dominantes ainda têm influência, mas para o bem ou para o mal, o controle que elas tinham sobre a democracia – tal como se apresentava - acabou (Fisher, p. 328, 2023).

Na esteira do defendido por Shoshana Zuboff, as novas tecnologias também trouxeram consigo um novo modelo de capitalismo, que reivindica a experiência humana (e os dados e informações das experiências online) como um material bruto para práticas comerciais ocultas e extração, predição e vendas e formação e modulação de comportamentos, uma era marcada pela concentração de riqueza, conhecimento e poder sem precedentes na história da humanidade, uma estrutura de vigilância também sem precedentes, na qual a privacidade, por vezes, parece ser uma ideia obtusa (ZUBOFF, 2019). O modelo de negócio das Big Techs (as grandes empresas de tecnologia, como Facebbok, Google, Amazon e

Apple) é uma variável fundamental para compreender seu impacto nos processos de erosão democrática, na medida em que o design das plataformas é pensando para que os usuários gerem o maior número de interações e permaneçam logados o maior tempo possível, evitando que a sua atenção seja deslocada para outra infraestrutura de rede (Marques, p.41, 2022).

A atenção é quantificada por meio do tempo de conexão dos usuários e pelo número de interações (postagens, curtidas, compartilhamentos etc), fatores que são utilizados como métrica para a análise do sucesso de suas atividades, além de também serem utilizados para a melhoria do modelo de negócio das plataformas através de *machine learning*. Em outras palavras: a arquitetura das plataformas é pensada para captar a atenção do usuário, fazendo-o por meio de feeds infinitos, formas de interação com os conteúdos e algoritmos projetados para a exibição de conteúdos capazes de gerar mais interações e tempo investido pelos usuários.

Como descrito por Max Fisher (Fisher, 2023) em recente estudo sobre o tema, a extrema direita soube muito bem aproveitar as redes sociais para forjar sua ascensão (especialmente, no Brasil e nos Estados Unidos) através da prática sucessiva de espalhar desinformação, moldar e fidelizar comportamentos em torno de discursos de ódio (as chamadas "tocas de coelho" ou "câmaras de eco", os grupos e comunidades online em que os usuários são bombardeados por informações potencialmente violentas e enganadoras que refletem seus próprios vieses e promovem a radicalização). As plataformas sociais chegaram, ainda que involuntariamente, a uma estratégia de recrutamento que gerações de extremistas haviam adotado. O pesquisador J.M. Berger a chama de "construto crise-solução" (Berger, pp. 62-89, 2016). Quando o público se sente desestabilizado, costuma buscar uma identidade de grupo forte para recobrar a sensação de controle. Pode ser algo grande, como nacionalidade, ou pequeno, como participar de uma igreja. Identidades que prometem reconstruir adversidades individuais dentro de um conflito maior têm atração especial. O método é, basicamente, o seguinte: você não está infeliz

por conta da sua luta para se afirmar com circunstâncias pessoais; você está infeliz por causa *Deles* e porque eles *Nos* perseguem. Crise-solução: existe uma crise, o exogrupo é o responsável; seu endogrupo oferece a solução. Se a noção de conflito crescer demais, pode chegar ao ponto da radicalização, no qual você vê o exogrupo como ameaça imutável sobre o qual só se aceita a vitória total. O resultado é radicalização e hostilidade aos valores básicos da democracia, como o pluralismo e a resolução institucional de conflitos.

Tem-se, portanto, ainda que de forma breve, sedimentado o diagnóstico acerca dos processos recentes de erosão das democracias constitucionais. Isso posto, uma questão que desperta interesse é saber o que tem sido feito para enfrentar esse fenômeno. Para além de mobilizações da sociedade civil (que são, sim, relevantes), interessa para este trabalho as respostas institucionais e, neste momento, especialmente, as respostas conceituais (frutos de elaboração teórica) que podem ser agrupadas em torno de métodos que se aproximam do conceito de "democracia militante" e que vão além deste, em face da aparente impotência dos mecanismos ordinários contramajoritários das democracias liberais (e que, nos casos de erosão democrática, são perniciosamente utilizados pelos líderes autocráticos para corroer a própria democracia).

Ao que parece, as novas formas de desconsolidação da democrática são um desafio maior para a proteção da democracia constitucional, gerando uma controvérsia acerca de se os métodos frequentemente associados à democracia militante seriam *legítimos* e *eficazes* para proteção da democracia constitucional contra as novas formas de ameaça autoritária. Como se verá, o conceito de democracia militante foi originalmente pensado para situações extremas de intolerância e autoritarismo – tais como fascismo da primeira metade do século XX e, num segundo momento, contra os focos de insurgência da extrema direita no cenário do pós-1945.

A título de exemplo da atualidade do tema e de como o vocabulário da "democracia militante" tem sido trazido à tona, vê-se que a problemática em torno do conceito de democracia militante

(ou defensiva) vem encontrado repercussão nas decisões da Suprema Corte brasileira, como percebe-se nos casos recentes das medidas cautelares da ADI nº 6.121/DF e da ADPF nº 622/DF, em que se entendeu que as medidas, ainda que formalmente legítimas, entrariam em choque com as bases democráticas de nosso Estado Democrático de Direito. Na ADI nº 6.121/DF discutiu-se a validade do Decreto nº 9.759/2019, que extinguia órgãos colegiados e minava a participação da sociedade civil. Na oportunidade, o STF decidiu que não podem ser extintos por decreto os colegiados que tiverem sido criados por lei; na fundamentação, para além do vício formal, fica nítida a preocupação com a extinção de instrumentos de democracia participativa por meio de medida autoritária do Executivo. No julgamento da Medida Cautelar da ADPF 622/DF, foi impugnado o Decreto 10.003/2019, que alterava normas sobre a organização e funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda) além de exonerar todos os seus membros. Na sua fundamentação, o Ministro Luís Roberto Barroso utilizou conceitos como o de "constitucionalismo abusivo", "legalismo autocrático" e "democracia iliberal" – conceitos esses que servem para ilustrar situações em que mecanismos democráticos são utilizados para pôr em xeque aspectos essenciais da própria democracia (Oliveira; Ferraz, p. 230, 2023). Cite-se ainda o Inquérito 4.828 (o célebre "Inquérito das Fake News"), validado pela ADPF 572, em que consta expressamente no voto do Ministro Gilmar Mendes[243] a menção ao conceito de democracia militante.

A relevância e atualidade também fica nítida nas medidas institucionais que têm sido tomadas por estados democráticos contra a

243 O mesmo Min. Gilmar Mendes, em recente declaração pública, explicitamente faz uso do vocabulário da democracia militante para caracterizar o que, em sua visão, explicaria a "normalidade das instituições" políticas brasileiras, que se daria graças às medidas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral para coibir abusos, fake news e ataques à democracia: "as sociedades atuais precisam considerar a adoção do modelo de "democracia militante ou defendente; (...) sempre que se virem diante de ameaças autoritárias." Íntegra em: "Brasil vive normalidade graças às instituições, diz Gilmar Mendes", disponível em https://www.conjur.com.br/2024-mai-12/brasil-vive-normalidade-gracas-as-instituicoes-diz-gilmar-mendes/; Acesso em 15 ago. 2024.

erosão democrática. Na Alemanha, foi criado uma agência responsável por "defender a democracia" (a Agência de Proteção à Constituição), monitorando indivíduos e organizações antidemocráticos, como os que maquinaram uma conspiração desbaratada recentemente. Por seu turno, no Brasil, destaca-se a inserção de novos dispositivos no Código Penal voltados à defesa das instituições do Estado democrático de Direito (Lei 14.197/2021, responsável por revogar a Lei de Segurança Nacional, editada ainda na ditadura militar); e a Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia, recentemente criada pelo Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023, com a missão institucional de promover a defesa do Estado Democrático de Direito. De acordo com a regulamentação, dentre outros, caberá à PNDD: a) defesa da integridade da ação pública e da preservação da legitimação dos Poderes e de seus membros para exercício de suas funções constitucionais; b) resposta e enfrentamento à desinformação sobre políticas públicas amparadas em valores democráticos e direitos constitucionalmente garantidos, cuja proteção seja de interesse da União; c) o enfrentamento da incitação ou da tentativa, com emprego de violência ou grave ameaça, que vise abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais depor o governo legitimamente constituído.

Seria esse aparato teórico, e com impacto institucional direto nas garantias constitucionais fundamentais, passível de transposição para enfrentamento das ameaças autoritárias contemporâneas – que, como ilustrado acima, possuem forma e natureza distintas das insurgências antidemocráticas do século XX, inclusive com novos instrumentos (como as ferramentas digitais) de desestabilização da democracia? E, ainda que passíveis de transposição e emprego, seriam efetivos os métodos de democracia militante? Essas são perguntas densas, que envolvem questionamentos de natureza (e metodologia) distintas, passando por reflexões acerca da legitimidade e de avaliações empíricas da eficácia – de curto e, ao menos, médio prazo de intervenções potencialmente restritivas de direitos fundamentais. Tais questionamentos estão além do tempo e fôlego deste breve trabalho,

que apenas tem a intenção de traçar linhas iniciais para um esforço de pesquisa maior – que ainda se encontra em fase inicial – acerca do aparato conceitual e das estratégias associadas à democracia militante e se estes são adequados para um constitucionalismo de proteção à democracia.

Este trabalho possui natureza qualitativa e exploratória, na medida em que possui uma preocupação central em identificar como a literatura acadêmica tem pensado os novos desafios impostos pelos processos de erosão democrática e quais são as variáveis institucionais, políticas e sociais significativas para a construção de estratégias eficazes de enfrentamento e prevenção da erosão democrática. Aqui, medidas como (i) levantamento bibliográfico sobre a problemática de pesquisa e (ii) análise de exemplos na literatura e no direito comparado que estimulem a compreensão são empregadas. O método indutivo irá prevalecer, pois a partir dos dados reunidos e da bibliografia pertinente ao tema, se inicia a reunião de suplementos para se avançar com a pesquisa. No que se refere à técnica de pesquisa prevalente, se irá utilizar a análise de conteúdo, principalmente de caráter bibliográfica-documental, em decorrência da própria essência do estudo.

2 DEMOCRACIA MILITANTE: UMA IDEIA (AINDA) EM DISPUTA

Como apontando por Alexander Kirshner, é atribuído a Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda da Alemanha durante o regime nazifascista, aquilo que seria a paradoxal ironia da democracia constitucional: "sempre será uma das melhores piadas da democracia o fato de que ela dá aos seus inimigos mortais os meios para destruir a si própria" (Kirshner, p. 23, 2014). Par a par com a frase irônica de Goebbels, também costuma ser lembrado o "paradoxo da tolerância" cunhado por Karl Popper acerca de, se numa democracia liberal, é permitida a tolerância ilimitada, tal permissivo conduziria ao desaparecimento da tolerância e da própria democracia, demandando

e justificando a tomada de medidas restritivas de direitos fundamentais contra os "intolerantes".

O termo "democracia militante" foi cunhado por Karl Loewenstein na década de 1930[244]. Loewenstein argumentou que as tentativas de estabelecer a democracia na República de Weimar falharam devido à falta de militância contra movimentos autoritários. Analisada a bibliografia pertinente, vê-se que o conceito de democracia militante foi introduzido nos estudos jurídicos e na prática constitucional de modo a dotar a democracia de meios legais para se defender contra o leque de atividades possíveis de atores políticos não democráticos (Tyulkina, p.1, 2015). Como aluno de Max Weber, Loewenstein estava preocupado com as irracionalidades da democracia de massas. Segundo ele, o processo de subversão das democracias pelos movimentos autoritários significava, em última análise, "a sucessão de um governo constitucional por um governo emocional". Enquanto o Estado de Direito era, a seu ver, calcado na racionalidade, as ditaduras fascistas se baseavam na mobilização de emoções, mediante o recurso ao entusiasmo nacionalista, à coerção psíquica permanente e à intimidação. O segundo argumento se focava na própria natureza do fascismo. No entendimento de Loewenstein, o fascismo não era uma ideologia, mas apenas uma técnica política voltada exclusivamente para a conquista e para a manutenção do poder. Dessa maneira, em prol da sua sobrevivência, os regimes democráticos estariam autorizados a reagir, de maneira contundente, às investidas daqueles que se utilizassem dessa técnica vazia para impor a sua vontade a qualquer custo (Loewenstein, p. 425, 1935).

Não há uma definição única de democracia militante. Porém, as tentativas de definir o conceito referem-se às mesmas qualidades

244 Embora Loewenstein tenha sido o primeiro a introduzir o termo democracia militante, ideias semelhantes eram evidentes nos trabalhos de outros académicos durante o mesmo período. Como dito, por exemplo, Karl Popper, em A sociedade aberta e os seus inimigos, refere-se ao "paradoxo da tolerância" e adverte que "a tolerância ilimitada deve conduzir ao desaparecimento da tolerância". Defende que a tolerância não deve ser concedida "àqueles que são intolerantes", e que "o direito de não tolerar os intolerantes deve ser preservado em nome da tolerância (Tyulkina, p.14, 2015).

que o termo "militante" acrescenta à democracia. Em primeiro lugar, a militância implica que os Estados não precisam de esperar até que aqueles que pretendem derrubar o sistema tenham oportunidades reais para o fazer; em segundo lugar, essas medidas de preempção são dirigidas contra um "inimigo" específico: indivíduos ou grupos que pretendem prejudicar as estruturas democráticas do Estado; e, em terceiro lugar, os "inimigos" são aqueles que pretendem prejudicar as estruturas democráticas abusando dos direitos e privilégios que lhes são concedidos pela democracia e pela sociedade aberta (Tyulkina, p.15, 2015).

De todo modo, atualmente, a democracia militante vem sendo entendida principalmente como a luta contra os movimentos extremistas, especialmente os partidos políticos radicais de extrema direita e as suas atividades. As estratégias de enfrentamento aos atores políticos nos processos de erosão democrática – muitas vezes desempenhados por tribunais e instituições de controle ainda não capturadas pelos autocratas – parecem envolver medidas que podem ser agrupadas sob o rótulo de democracia militante, na medida em que as forças democráticas não estão suficientemente preparadas para ataques às suas estruturas quando estes provém do próprio aparato de Estado ou, ainda, de forças da sociedade civil cada vez mais poderosas e hostis aos valores básicos de uma cultura política democrática (Vieira; Borges, 2023).

Uma dificuldade que parece ser significativa para o enfretamento e a prevenção dos processos de erosão democrática através dos mecanismos ordinários e contramajoritários da democracia liberal (como *judicial rewiew* exercido pelas cortes, freios ao Executivo impostos pelo Legislativo ou regulamentações por agências de controle) é aquilo que Cass Mudde tem designado de "normalização da extrema direita". Hoje, expõe Mudde, a extrema direita está intimamente conectada à elite política tradicional, e em um número crescente de países, ela está se tornando a própria elite política, ocupando progressivamente o próprio aparato de Estado (além de tornar-se uma força eleitoral cada vez mais sólida). Mudde

cita três exemplos europeus: Holanda, Áustria e França. Na Holanda, o "Partido de Centro" (na verdade, um partido de extrema direita anti-imigração e com pautas racistas) saltou de uma vaga no parlamento, em 1982 (0,8% dos votos) para 22 congressistas (entre as 150 cadeiras no parlamento). Na Áustria, o Partido da Liberdade da Áustria (FPÖ) – agremiação de extrema direita - alcançou em 1999 o segundo lugar nas eleições parlamentares, o que levou a uma leva de protestos da sociedade civil e boicotes internacionais; já em 2018, em seu retorno ao poder, houve apenas protestos tímidos e aceite da comunidade internacional. Já na França, o horror manifesto que ocorreu em 2002 quando o Jean-Marie Le Pen (então líder da Frente Nacional) chegou ao segundo turno da eleição presidencial com 16,9% dos votos, não se repetiu com a mesma intensidade em 2017, quando sua filha, Marine Le Pen, atingiu a marca de 33,9% dos votos no segundo turno cotra Emanuel Macron (Mudde, pp.18-19, 2022).

Uma dificuldade de natureza prática que a literatura tem apontado são os altos custos de legitimidade e potenciais efeitos danosos e indesejáveis do emprego de medidas associadas à democracia militante, tais como restrições à liberdade de expressão e de associação (como proibição de partidos políticos que comunguem de ideias extremistas).

Por altos custos de legitimidade, se quer dizer que a própria aplicação de políticas militantes traz à tona o paradoxo da autolesão democrática. Restringir a participação de certas forças políticas não apenas pode enfraquecer os princípios democráticos, mas também abrir caminho para a formação de um regime em que as preferências políticas se tornam sem sentido, pois os eleitores não podem escolher o partido que segue suas políticas preferidas. Imagine-se, por exemplo, que um partido político acusado de extremismo, taxado como ameaçador à democracia constitucional seja apoiado pela maioria da população e, por isso, tenha contra uma ordem para adequar seu programa e atitudes aos preceitos constitucionais liberais, sob pena de se tornar ilegal, a menos que faça uma mudança profunda em suas posições programáticas. Nesse cenário hipotético, um importante

segmento do eleitorado poderá perceber que a democracia não tem sentido, pois os objetivos desejados por eles não podem ser alcançados, sequer colocados na esfera pública (Kaltwasser, p.85, 2019).

Um outro ponto levantado por aqueles que são céticos em relação à real utilidade dos mecanismos democráticos militantes refere-se ao "efeito bumerangue" que o uso desses expedientes pode gerar ao lidar com a mais recente onda de populismo autocrático. Para entender isso, é importante ter em mente que as instituições não eleitas são normalmente responsáveis pela implementação da democracia militante, uma vez que esta é geralmente considerada a melhor maneira de evitar o uso indevido desta última de forma partidária. Os tribunais ou as comissões eleitorais costumam ser os atores que julgam se estão reunidas as condições para banir um partido político, pois são instituições munidas de prerrogativas que lhes asseguram estabilidade e independência que, em tese, lhes permitem buscar o bem comum em vez de defender interesses específicos. No entanto, como as forças populistas estão em desacordo com o regime democrático liberal, elas desafiam a própria legitimidade de instituições não eleitas para tomar decisões. Dessa maneira, uma consequência não intencional do uso de políticas militantes pode ser o aumento do questionamento da autoridade e validade do modelo democrático liberal como tal. Lideranças autoritárias podem alegar que atores que não são eleitos nem controlados pelo "povo" decidiram censurar o partido que dá voz à "maioria silenciosa" (Kaltwasser, p.86, 2019).

Por fim, uma outra objeção à democracia militante consiste na crítica de que seus defensores partem da suposição de que existe um amplo consenso dentro da sociedade sobre o que significa democracia e quem são os membros do *demos*, da comunidade política. Essa linha de raciocínio tem forte relação com o conceito de cultura política, segundo o qual a democracia pode prosperar desde que os cidadãos tenham um entendimento compartilhado sobre a relevância de respeitar os procedimentos democráticos. Vista por esse prisma, a democracia militante pode funcionar sob a condição de que não haja (quase) nenhum desacordo na hora de determinar quem deve

ser visto como inimigo interno da democracia. No entanto, o próprio surgimento de forças populistas revela que os cidadãos têm visões diferentes sobre como a democracia deve funcionar e quem deve ter o direito de participar do processo político. Somado a isso, um fator que contribuí para a dificuldade de um senso partilhado de comunidade política é a fragmentação cultural das sociedades democráticas contemporâneas (Mounk, 2024) e a polarização (Nunes; Traumann, 2023).

Assim, se levanta a questão para posterior reflexão mais aprofundada: seriam os métodos comumente associados ao conceito de democracia militante conceitual e constitucionalmente coerentes, eficientes e legítimos para um constitucionalismo de proteção da democracia constitucional e no enfrentamento dos processos de erosão democrática? Explicita-se essa pergunta de pesquisa em alguns subitens: (i) existem propostas de inovação institucional sendo pensadas e implementadas para proteger democracias constitucionais de processos de erosão democrática? (ii) como a literatura acadêmica tem pensado os novos desafios impostos pelos processos de erosão democrática? (iii) quais variáveis institucionais, políticas e sociais são significativas para a construção de estratégias eficazes de enfrentamento e prevenção da erosão democrática? Como os desafios trazidos pelas novas tecnologias (como a regulação das mídias sociais) está sendo tratado na academia e na confecção de políticas públicas e medidas legislativas? (iv) como traçar um limite em termos de quais ideias e organizações devem ser proibidas? (v) até que ponto a legítima defesa constitucional pode ser desenvolvida como um sistema preventivo legítimo e quando passa a ser autoritário e demasiado excludente?

3 DA TEORIA À PRÁTICA: AÇÕES "MILITANTES" DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

No levantamento bibliográfico para este trabalho preliminar, percebeu-se haver dois modelos básicos de enfrentamento ao extremismo no que se refere a maior ou menor tolerância: um modelo inspirado nos Estados Unidos e outro na Alemanha do pós-guerra (como já dito, marcado pelo princípio da democracia militante). O modelo de resposta ao extremismo norte-americano confere status especial à liberdade de expressão, resguardando até mesmo discursos e organizações mais extremistas de sanções, protegidos por certa interpretação do texto constitucional. Já o modelo alemão, possui nítido contraste com o estadunidense, sendo concebido como uma resposta direta à extinta República de Weimar, a qual se mostrou demasiado tolerante para com discursos extremistas (nomeadamente, com o nazifascismo). Em consequência, o Estado alemão e do pós-guerra, bem como a interpretação constitucional da Lei Fundamental pelo Tribunal Constitucional, foram construídos de maneira a evitar que a extrema direita jamais alcançasse o poder pelas vias democráticas regulares novamente. A República Federal é um exemplo daquilo que se considera um *wehrhafte Demokratie* (democracia militante), sistema no qual as principais instituições políticas dos poderes executivo, legislativo e judiciário dispõe de amplas prerrogativas para defender a ordem liberal-democrática (Mudde, p. 145, 2023).

Entre as estratégias genéricas de enfrentamento ao extremismo que promove a erosão das democracias constitucionais, distinguem-se quatro tipos principais: (i) *delimitação*, significando dizer que os partidos democráticos excluem os partidos de extrema direita de todas as suas interações e transações políticas, tentando ignorar a extrema direita e prosseguir com suas atividades cotidianas como se ela não existisse. Como exemplo único de delimitação institucional, cita-se a Bélgica, que estabeleceu um cordão de isolamento (por meio de legislação) em torno do Partido Interesse Flamengo (VB), proibindo a formação de qualquer coalizão política com o partido de extrema

direita, em qualquer esfera de governo; já na Alemanha, o cordão de isolamento em torno do Partido Nacional-Democrático da Alemanha (NPD) é extraoficial, uma espécie de "acordo informal" entre os partidos politicamente relevantes e competitivos; (ii) *enfrentamento*, implicando uma oposição ativa aos partidos de extrema direita e às suas políticas, geralmente por conta de suas propostas mais extremistas, como antissemitismo, revisionismo histórico e racismo, além de propensão à violência. Mudde aponta que enquanto o confronto com partidos extremistas nanicos e pouco competitivos eleitoralmente torna-se mais fácil para os partidos políticos democráticos, o mesmo não pode ser dito do confronto com partidos extremistas grandes e competitivos da direita populista, tendo em vista que estes podem ser parceiros potenciais da direita democrática ou, ao menos, podem ser utilizados em negociações junto a outros partidos. Logo, tem-se que o custo político e eleitoral para o confronto torna-se mais alto, já que se a centro-direita *a priori* os exclui, corre o risco de enfraquecer sua própria posição junto ao eleitorado que tende a partilhar de algumas posições da agenda extremista (como costuma ser o caso das questões migratórias e de costumes morais). Uma terceira estratégia é a (iii) *cooptação*, que tem se tornado o modelo dominante de interação nas democracias ocidentais, significando que os partidos democráticos segregam os partidos da direita populista radical, mas sem, contudo, ignorar suas ideias, adotando, ao menos parcialmente, os programas de seus adversários. Por fim, a (iv) *incorporação* significa que não somente as posições políticas da direita populista radical, mas também os partidos foram normalizados e se consolidaram no cenário tradicional, sendo impossível ignorá-los no jogo político cotidiano na formação de coalizões de governo, com os democratas tentando conciliar sua incorporação a alguma forma de domesticação dos extremistas por meio de instrumentos legais (Mudde, p. 147-151, 2022).

Aqui surge um outro desafio prático que se coloca para a democracia militante: como traçar um limite em termos de quais ideias e organizações devem ser proibidas? Embora possa existir um razoável consenso acerca de proibição de partidos abertamente

neonazistas, os partidos contemporâneos de direita populista radical, apesar de agendas no mínimo problemáticas do ponto de vista democrático, estão muito mais próximos do cenário político tradicional e operando dentro das instituições. Em outras palavras, não se está, na maioria dos casos, diante da existência de grupos paramilitares ou organizações paraestatais afins, mas de entidades legal e institucionalmente organizadas, que cada vez mais jogam o jogo político ordinário, disputam eleições e chegam ao poder.

Ainda nessa linha, os críticos apontam que os defensores da democracia militante parecem pressupor que os "inimigos" da democracia podem ser identificados *ex ante* – ou seja, antes que esses atores tomem o poder político. Tal identificação foi relativamente fácil nas décadas de 1920 e 1930. No entanto, hoje, a principal ameaça contemporânea à democracia é diferente do fascismo do século XX. Os partidos populistas ameaçam a democracia ao perpetuar o poder de um governante eleito democraticamente. Eles dependem de formas manipuladas e superficiais de democracia. O resultado é iliberal, um despotismo dentro da democracia (Sajó, p. 187, 2019).

As medidas constitucionais de autopreservação foram concebidas para conter o exercício do poder existente e fornecer seguro para os perdedores temporários das eleições que permanecem no jogo político de longo prazo, tornando impermanentes tanto as derrotas quanto as vitórias (Helmke, 2010). Uma vez que os populistas tomem o poder, a questão é quanta resistência pode ser fornecida por mecanismos de instituições constitucionais de autodefesa? Esta questão raramente informa o projeto constitucional. As constituições democráticas pressupõem que se pode confiar naqueles que ganham uma eleição livre e justa, que agirão pelo povo e respeitarão a constituição existente; emendas constitucionais e outras emendas são permitidas e legítimas porque não serão voltadas contra a constituição (Sajó, p. 188, 2019) – e aí reside o compromisso que os autocratas não estão dispostos a admitir, na medida em que utilizam do próprio aparato democrático para subverter a democracia.

Como rememora Cláudio Pereira de Souza Neto, na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, o princípio da democracia militante foi aplicado pelo Tribunal Constitucional Federal para se cassar o registro de partidos cujo ideário foi considerado incompatível com a democracia. Em 1952, a Corte Constitucional, utilizando-se do conceito, dissolveu o SRP – *Sozialistische Reichspartei* (Partido Socialista do Reich) – que congregava egressos do extinto partido nazista e possuía um programa de orientação semelhante ao extinto partido nazista, decidindo que os partidos poderiam ser declarados inconstitucionais "se, e somente se, procurassem derrubar os valores supremos da ordem livre e democrática que estão incorporados na Lei Fundamental" (Souza Neto, pp. 262-264, 2020). Em contraponto, a jurisprudência recente do Tribunal Constitucional Federal tem sido mais restritiva ao apreciar pedidos de declaração de inconstitucionalidade de partidos, com base na incompatibilidade com o princípio democrático. Desde a década de 1950, nenhum outro partido foi declarado inconstitucional. Em 2017, quando examinou a constitucionalidade do Partido Nacional-Democrático da Alemanha (NPD; em alemão *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*), a Corte entendeu que, a despeito de suas ideias políticas de extrema direita, não havia a perspectiva concreta de que o partido pudesse vir a implementá-las. A jurisprudência criou, com isso, novo requisito para a aplicação do princípio da democracia militante. Além de o partido ser hostil à democracia, deve ter capacidade para desafiá-la com efetividade.

4 CONCLUSÃO

Pela própria natureza de ser este um esforço de pesquisa ainda em estágio inicial, ainda não é possível traçar linhas conclusivas, mas alguns insights e hipóteses para teste futuro já se desenham: (1) a democracia militante é um método de enfrentamento aos processos de erosão democrática, ainda que potencialmente eficiente a curto prazo, que possui custos de legitimidade altos demais quando se lida

com o populismo autocrático; (2) a implementação de mecanismos democráticos militantes parece tornar o discurso populista mais atraente; e (3) a democracia militante parece assumir como premissa que existe um amplo consenso sobre o que significa democracia, mas a própria emergência de forças populistas mostra que tal consenso não existe – tornando-se, assim, um problema teórico e prático simplesmente assumir tal conceito como legítimo e autoaplicável para se pensar um constitucionalismo de proteção à democracia constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEIMENBETOV, Serik; A comparative analysis of 'Defensive Democracy': a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies [Thesis for the degree of Doctor of Philosophy in Politics]. University of Exeter, 2014.

BALKIN, Jack M.; Constitutional Crisis and Constitutional Rot in Constitutional Democracy in Crisis? 77 Maryland Law Review 147 (2017), Yale Law School, Public Law Research Paper No. 605; Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2993320. Acesso em: 17. set. 2021.

BRASIL vive normalidade graças às instituições, diz Gilmar Mendes", CONJUR, 12 de maio de 2024, disponível em https://www.conjur.com.br/2024-mai-12/brasil-vive-normalidade-gracas-as-instituicoes-diz-gilmar-mendes/; Acesso em 15 ago. 2024.

BERGER, J.M.; A comparative Study of White Nationalist and ISIS online Social Media Networks, pp. 62-89, 2016.

BERMEO, Nancy. "On Democratic Backsliding." Journal of Democracy 27, no. 1 (2016)

BIGO, D.; ISIN, E. RUPPERT, E. (eds.); Data politics: worlds, subjects, rights; Routledge, 2019.

BRITO, Adriane Sanctis; MENDES, Conrador Hubener et al; O caminho da autocracia: estratégias atuais de erosão democrática; São Paulo: Tinta da China-Brasil, 2023.

CAPOCCIA, Giovanni. Defending democracy: reactions to extremism in interwar Europe. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; Democracia Constitucional e populismos na América Latina: entre fragilidades institucionais e proteção deficitária dos direitos fundamentais, São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

DALY, Tom; Democratic decay: Conceptualising an emerging research field. Hague Journal on the Rule of Law 11 (1), 9-36, 2019.

DIAS JUNIOR, José Armando Ponte; Estratégia democrática militante antipopulista : um modelo jurídico preventivo contra a governança populista no Brasil (Doutorado em Direito); Universidade Federal do Paraná; Programa Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba; 2022.

DIXON, R.; LANDAU, D. Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy. Oxford University Press, 2021.

DRINÓCZI, Tímea; BIEŃ-KACAŁA, Agnieszka. Illiberal constitutionalism: The case of Hungary and Poland. German Law Journal, v. 20, n. 8, p. 1140-1166, 2019.

FISHER, Max; A máquina do caos: como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo; 1ª ed.; São Paulo: Todavia, 2023.

GEIS, Anna; MÜLLER, Harald; SCHÖRNIG, Niklas (eds); The Militant Face of Democracy Liberal Forces for Good; Cambridge University Press, 2013.

GIL, Antonio Carlos; Métodos e técnicas de pesquisa social; 7ª ed.; São Paulo: Atlas, 2021.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z.; How to Save a Constitutional Democracy; Chicago: University of Chicago Press, 2018.

GRABER, S LEVINSON and M TUSHNET (eds), Constitutional Democracy in Crisis?. Oxford, Oxford University Press, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha; Democracia defensiva no Brasil? Uma análise conceitual e jurisprudencial. Suprema - Revista de Estudos Constitucionais, v. 3, p. 211-238, 2023.

KIRSHNER, Alexander; A theory of militant democracy: the ethics of combating political extremis; Yale University Press, 2014.

LAGO, Miguel; BARROS, Thomás Zicman de; Do que falamos quando falamos de populismo; 1ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

LANDAU, David; Abusive Constitutionalism; (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646, pp. 189-260. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2244629. Acesso em: 14 set. 2021; p. 195.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem; Tradução: Renato Aguiar; São Paulo: Zahar, 2018.

LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel; Como salvar a democracia; Tradução: Berilo Vargas; São Paulo: Zahar, 2024.

LOEWENSTEIN, Karl. "Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe, I". The American Political Science Review, vol. XXIX, n° 04, 1935.

LOEWENSTEIN, Karl. "Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe, II". The American Political Science Review, vol. XXIX, n° 05, 1935.

LOEWENSTEIN, Karl. "Militant Democracy and Fundamental Rights, I". The American Political Science Review, vol. XXXI, n° 03, 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. “Militant Democracy and Fundamental Rights, II”. The American Political Science Review, vol. XXXI, n° 04, 1937.

LYNCH, Christian; CASIMIRO, Paulo Henrique; O populismo reacionário: ascensão e legado do bolsonarismo; São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (ed.). Militant Democracy and Its Critics. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019.

MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; Erosão Constitucional no Brasil e tecnologias disruptivas: análise a partir do processo eleitoral de 2018; Dissertação de mestrado (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte; 2022.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino; FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio; Algorithmic Institutionalism: the changing rules of social and political life. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2023.

MEYER. Emilio Peluso Neder; Constitutional erosion in Brazil; Oxford: Hart Publishing, 2021.

MEYER, Emílio Peluso Neder; POLIDO, Fabrício Bertini Pasqout; TRIVELLATO, Márcia Carolina (orgs); Direito, democracia & internet: perspectivas constitucionais e comparadas; Belo Horizonte: Initia Via, 2021.

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

MOUNK, Yascha; O Povo Contra a Democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la; 1ª ed.; Tradução: Cássio de

Arantes Leite e Débora LandsbergSão Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MOUNK, Yascha; O grande experimento: por que as democracias diversificadas fracassam e como podem triunfar; 1ª ed.; Tradução: Odorico Leal; São Paulo: Companhia das Letras, 2024.

MUDDE, Cas; Populism: a very short introduction; Oxford University Press, 2017.

MUDDE, Cas; A extrema direita hoje; Tradução: João Marcos E. D. Souza; 1ª ed; Rio de Janeiro: EdUerj, 2022.

MÜLLER, Jan-Werner. What Is Populism? Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2016.

MULLER, Jan-Werner. A "Practical Dilemma Which Philosophy Alone Cannot Resolve"? Rethinking Militant Democracy: An Introduction. Constellations Volume 19, n. 4, Balckwell Publishing, USA, 2012.

NUNES, Felipe; TRAUMANN, Thomas; Biografia do abismo: Como a polarização divide famílias desafia empresas e compromete o futuro do Brasil; Rio de Janeiro, Editora HarperCollins, 2023.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. Democracia defensiva no Brasil? Uma análise conceitual e jurisprudencial. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 211-238, jan./jun. 2023.

O'NEIL, Cathy; Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia; 1ª ed.; Santo André: Editora Rua do Sabão; 2020.

PONTES, João Gabriel Madeira; Democracia militante em tempos de crise; Dissertação de mestrado (Mestrado em Direito) – Programa

de Pós-graduação em Direito da Faculdade Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro; 2020.

POPPER, Karl. The open society and its enemies: one volume edition. Princeton: Princeton University Press, 2013.

PRZEWORSKI, Adam. Crises of Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

RIJPKEMA; Bastiaan; Militant democracy; The limits of democratic tolerance; Routledge, 2018.

SAJÓ, András. UITZ, Renáta; HOLMES, Stephen (eds). Routledge Handbook of Illiberalism. Abingdon: Routledge, 2022.

SCHEPELLE, Kim Lane; Autocratic Legalism; University of Chicago Law Review 85, n. 2 pp. 545–83; 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Democracia em Crise no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2020.

THIEL, Markus (ed.). The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies. Farnham e Burlington: Ashgate, 2009.

TSEBELIS, George. Veto Players: How Political Institutions Work. Princeton: Princeton University Press.

TUSHNET, Mark; Constitutional Hardball; 37 J. Marshall L. Rev. 523-553 (2004). Disponível em: https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/555/. Acesso em 12 set. 2021.

TUSHNET, Mark; BUGARIC, Bojan; Power to the People. Constitutionalism in the age of Populism. New York: Oxford University Press, 2021.

TUSHNET, M. The New Fourth Branch. Institutions for protecting Constitutional Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

TYULKINA, Svetlana. Militant Democracy: Undemocratic political parties and beyond. Oxon e New York: Routledge, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BORGES, Ademar; Democracia militante e a quadratura do círculo; disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-quadratura-do-circulo-16022023; Acesso em 29 jul. 2023.

VOßKUHLE, Andreas; Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo; São Paulo: Saraiva, 2020.

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, Daniel R.; CALDEIRA, Gregory A.; The Oxford Handbook of Law and Politics; New York: Oxford University Press, 2008.

ZUBOFF, Shoshana. Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power; New York: Public Affairs, 2019.

DETERIORAÇÃO CONSTITUCIONAL E POPULISMOS: NAS FRONTEIRAS DO DIREITO E DA POLÍTICA

CONSTITUTIONAL DETERIORATION AND POPULISM: AT THE INTERSECTION OF LAW AND POLITICS

Katya Kozicki[245]

Flávia da Rosa Melo[246]

Resumo: Este trabalho teve como ponto de partida a reflexão sobre o "Frankenstate", de Kim Lane Scheppele. O objetivo é analisar o populismo contemporaneamente, identificando como ele se relaciona com a democracia liberal e formas abusivas de governo em sistemas constitucionais. Examinamos também a relação entre a crise da democracia liberal e o surgimento de movimentos populistas e autocráticos no Brasil. A metodologia é a revisão bibliográfica para identificar tensões da democracia liberal contemporânea, bem como entender o populismo recente e a migração do debate político para o espaço digital. Ademais, relatórios de organizações internacionais e nacionais forneceram dados fundamentais, indicativos de que a autocratização global está se intensificando com o uso da violência física. Foi possível identificar que o espaço digital, com controle limitado sobre o conteúdo, facilita a disseminação de desinformação e discursos violentos e autocráticos. A análise crítica dessas referências ajuda a entender o populismo atual e os desafios para a democracia liberal na era digital.

Palavras-chave: Populismo; Constitucionalismo Populista; Movimentos Autocráticos; Mídias Sociais.

245 Professora titular de Teoria do Direito dos cursos de graduação e pós-graduação da UFPR e da PUCPR. Pesquisadora do CNPq. katyakozicki@gmail.com Perfil Lattes: https://lattes.cnpq.br/8804746815321094.

246 Doutora em História pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestre em História e graduada em História – Licenciatura e Bacharelado, também pela UFPR. Bacharel em Direito pela PUC/PR. rmelo.flavia@gmail.com. Perfil Lattes: http://lattes.cnpq.br/8817803783991750.

Abstract: This paper begins with a reflection on Kim Lane Scheppele's concept of the "Frankenstate." The aim is to analyze contemporary populism, exploring its relationship with liberal democracy and abusive forms of governance in constitutional systems. We also examine the connection between the crisis of liberal democracy and the rise of populist and autocratic movements in Brazil. The methodology involves a literature review to identify the tensions within modern liberal democracy and to understand recent populism and the migration of political debate to digital spaces. Additionally, reports from international and national organizations provided key data, indicating that global autocratization is intensifying, often through the use of physical violence. We found that digital space, with its limited content control, facilitates the spread of misinformation and violent, autocratic rhetoric. A critical analysis of these references helps shed light on contemporary populism and the challenges facing liberal democracy in the digital era.

Keywords: Populism; Populist Cnstitutionalism; Autocratic Movements; Social Media.

1 INTRODUÇÃO

Para Kim Lane Scheppele, um "Frankenstate" é uma forma abusiva de governo, possível a partir da correlação de partes ou sujeitos em cargos de poder advindos de instituições legítimas dentro de democracias representativas, que tendem a mobilizar o eleitorado a partir de bandeiras morais (Scheppele, 2013, p. 5-9). Nesse sentido, essa autora entende que o fenômeno do declínio democrático contemporâneo se dá em uma situação "política razoavelmente aceitável" (Scheppele, 2018, p. 545)[247], transformada pela eleição de um populista, um autocrata legal. Esses autocratas legais são novos

247 Tradução livre de "[a] constitutional democracy, flawed but in reasonably good standing, is hit by a transformative election. A charismatic new leader comes to power, propelled by the growing impatience that the electorate feels with things as they are".

líderes com um perfil carismático que, quando eleitos, usam do próprio mandato para colocar em curso uma série de ações que visam desmantelar o sistema constitucional, cooptando a discussão sobre moralidade, democracia, legalidade e o sistema eleitoral em proveito próprio.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza alerta que, nos anos recentes em diversas nações – com especial destaque para os casos de países como a Hungria, Turquia, Polônia, Estados Unidos e Brasil –, a democracia está ou esteve sob forte ataque de líderes populistas. Barboza indica que esses líderes endossam um complexo movimento de cerceamento da liberdade religiosa, queda nos índices de liberdade de imprensa, de liberdade acadêmica e de independência do Judiciário, dentre outros direitos humanos e de liberdade.

A este respeito, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt afirmam em uma famosa obra sobre o tema que até 2018 costumavam ensinar a seus alunos como democracias morriam a partir de casos históricos, como a década de 1930 com os fascismos na Europa, e as décadas de 1960 e 1970 com os golpes de estado na América Latina. Todavia, a partir de 2016, quando os EUA viviam ainda os efeitos da grave crise financeira de 2007/2008, começaram a identificar políticos tendo atitudes que definiram como "precursoras de crises democráticas em outros países" (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 13): políticos tratando os rivais como inimigos; intimidando a imprensa livre; ameaçando rejeitar o resultado das eleições, por exemplo.

De fato, da análise de relatórios de organizações internacionais e de pesquisa de renome que se dedicam a monitorar a qualidade dos regimes políticos, das liberdades civis e do Estado de Direito em vários países, pude constatar que há uma intrínseca relação entre o aumento do populismo, o extremismo político e este processo de autocratização teorizado por Scheppele.

No Brasil e no mundo, em um contexto acirrado pela pandemia de Covid-19, utilizando da máquina estatal e das instituições as quais pertenciam, lideranças eleitas vêm propagando sistematicamente diversas narrativas negacionistas e deturpadas, de evidente ódio

político e nacionalismo exacerbado, fomentadoras de uma extensiva deterioração democrática (Paixão, 2023).

São, como se vê desde já, narrativas e perfis políticos reproduzíveis em larga escala. Não à toa, segundo entendimento de Mark A. Graber, Sanford Levinson e Mark Tushnet, a preocupação com a saúde das democracias constitucionais é tema comum para especialistas de diversos países, pois por todo o mundo as democracias liberais parecem estar em crise, sofrendo com ataques internos (Graber; Levinson, 2018, p. I).

Assim, o Brasil foi nos últimos anos parte de um cenário mundial de recuo ou deterioração constitucional que deve ser estudada em detalhes, para que seja possível pensar formas de reação na esfera pública com a participação popular.

No ano de 2017 o Dicionário Cambridge elegeu "populismo" como a palavra do ano (Barros; Lago, 2022, p. 5), mas o próprio conceito "populismo" tem uma pluralidade de usos e vinculações que exigem uma análise cautelosa. Nos anos recentes lideranças muitas vezes absolutamente diversas são tratadas como populistas: Donald Trump (Estados Unidos), Viktor Orbán (Hungria), Recep Erdogan (Turquia), Jair Bolsonaro (Brasil) e Narendra Modi (Índia), para citar alguns. Seria o caso de negar ou propor outra conceituação para entender suas formas autocráticas de governo? Defendo aqui que não seja este o caso, desde que o conceito de populismo seja mobilizado considerando referenciais contemporâneos dele indissociáveis, como a falência do projeto neoliberal e as mobilizações políticas via digital.

Tendo em vista essa questão e utilizando como método a revisão bibliográfica, esse trabalho analisa como o populismo contemporâneo aprofunda a crise da democracia liberal brasileira, e identifica qual é o tipo de populismo que devemos ter em mente para a problematização adequada de tal crise. Está dividido em 5 (cinco) partes. Buscamos conceituar populismo nos tempos atuais, reunindo elementos essenciais para pensar sua relação com a democracia liberal no Brasil,

explicitando a relação de causa e efeito entre a crise da democracia liberal e o surgimento de movimentos populistas e autocráticos[248].

2 TENSÕES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS

Para o sociólogo Larry Diamond, houve um tempo em que era simples responder se a Rússia, a Ucrânia, a Nigéria, a Indonésia, a Turquia e a Venezuela, em seus exemplos, eram ou não países democráticos. Todavia, a realidade política concreta de tais países no começo dos 2000 (época da publicação do seu estudo) já não permitia mais que suas classificações em regimes políticos "democráticos" ou "autoritários" fosse feita a partir da avaliação da existência ou não de eleições diretas, por exemplo, mesmo esta sendo uma prática essencialmente democrática e, a priori, algo ausente em regimes autoritários. Diamond nomeia este paradoxo como o novo regime híbrido das democracias (Diamond, 2002, p. 21-35). Assim, na atualidade, é necessário ter em perspectiva que "uma definição procedimental de democracia (...) parece não dar conta de explicar as realidades político-jurídicas observadas nos países em processo de autocratização" (Brito et al, 2022, p. 9).

A respeito desta necessária crítica da definição procedimental da democracia e do papel da mobilização popular nas democracias liberais, importante destacar que tais "regimes híbridos", nos termos de Diamond, não ocorrem apenas na América Latina, no Leste Europeu ou em África. Se, no passado, o risco e efeitos nocivos dos populismos era algo relacionado por especialistas a países do Sul Global, novos estudos demonstram em detalhes que, a partir da segunda década dos anos 2000, é necessária uma atenção global ao tema dos populismos, da mobilização política por meio das mídias digitais e da ascensão via eleição direta de autoritários ao poder.

248 Ao longo deste trabalho, utilizamos as expressões "autocratas", "autoritarismo" e "governos autoritários" não como referência a regimes políticos, mas como referência a governos com traços autoritários, em diferentes graus de intensidade. Esta forma foi eleita em diálogo com: Brito; Mendes; Amaral; Barreto, 2022.

No entendimento de Wendy Brown (2019), este é o marco temporal para essa análise porque estamos agora nas ruínas do neoliberalismo, que dá condições para a ascensão de políticas e populistas antidemocráticos no Ocidente. Exemplos não faltam em algumas das maiores nações do mundo: em 2016, a eleição de Donal Trump nos EUA (Lakoff, 2017; Kellner, 2016); em 2018, a eleição de Jair Bolsonaro no Brasil (Cesarino, 2020); em 2020, o ponto final do longo processo, com plebiscito popular, que culminou com a saída do Reino Unido da União Europeia (o Brexit) (Freeden, 2017) são casos referenciais para se ter em perspectiva em seu entendimento.

Neste cenário, é importante ter em perspectiva que o direito tem sido usado dentro destes projetos de escala autoritária via fragilização dos mecanismos de proteção democrática[249]. Para Kim Lane Scheppele, é este uso sofisticado do direito que faz com que o autoritarismo de hoje não se pareça nem se conforme como o "autoritarismo dos tempos do seu pai" (Scheppele, 2013, p. 19).

Esta relação entre o direito e os possíveis usos por lideranças autoritárias é um dos pontos debatidos pela autora em *Not Your Father's Authoritarianism: The Creation of the "Frankenstate"* (2013). Passada uma década desde sua publicação em uma coletânea de trabalhos dedicada a refletir sobre as ameaças à democracia no Leste Europeu, a reflexão de Scheppele é ainda contemporânea.

Este trabalho se enquadra dentro de uma série de obras dedicados a refletir sobre a crise constitucional na democracia húngara[250]. Nessa trajetória de pesquisa, Scheppele elenca fatos

249 Para outros referenciais, ver também: NEXO Política. O Papel do direito no atual processo de erosão democrática. Abril de 2023. Disponível em: https://pp.nexojornal.com.br/bibliografia-basica/2023/04/17/O-papel-do-direito-no-atual-processo-de-eros%C3%A3o-democr%C3%A1tica. Acesso em 10 jul. 2024.

250 Ao longo deste estudo, mobilizamos trabalhos publicados em revistas acadêmicas. Cabe citar que Scheppele publica com certa frequência em outros tipos de divulgação científica e jornalística afeitos a temáticas legais, constitucionais e políticas. Um exemplo é o *Verfassungsblog - on matters constitucional*, um fórum alemão que periodicamente publica textos de vários especialistas ao redor do mundo sobre estes temas. Para as publicações da autora, ver: https://verfassungsblog.de/author/kim-lane-scheppele/. Acesso em 10 jul. 2024.

políticos e transmutações legais que a provocaram a refletir se ainda seria possível falar em democracia naquele país. Para Scheppele, na Hungria houve uma paulatina subversão constitucional, em curso desde 2010, que se enreda diretamente com o segundo governo de Viktor Orbán, do partido Fidesz – União Cívica Húngara. Atualmente, a Hungria é, para Scheppele, um "Frankenstate".

Conforme a autora define,

> O "Frankenstate" é uma forma abusiva de governo, criada pela combinação de pedaços e partes de instituições democráticas perfeitamente razoáveis em formas monstruosas, assim como o monstro Frankenstein foi criado com pedaços e partes de seres vivos. Nenhuma parte é questionável, o horror emerge das combinações. (SCHEPPLE, 2013, p. 5)[251].

Em Autocratic Legalism, Scheppele particulariza tal perspectiva, demonstrando porque a Hungria é seu caso arquetípico no estudo desta forma abusiva de governo erigida por autocratas (Scheppele, 2018, p. 549). No ano de 2010, a vitória de Orbán com 53 por cento dos votos populares, somados à maioria alcançada no parlamento por seu partido, criou as condições adequadas para que sucessivas emendas constitucionais fossem apresentadas e aprovadas, reescrevendo a constituição de 1989-1990.

Como a autora ali demonstra cronologicamente e em detalhes, tais modificações antidemocráticas-legais deram condição para que ainda no primeiro mandato Orbán garantisse suas sucessivas reeleições. Orbán teve como projeto político a captura da constituição e da democracia em favor de seu próprio governo, um projeto técnico desenvolvido entre os anos de 2002 e 2010 (ou seja, antes de concorrer

251 Tradução livre de: "[a] Frankenstate is an abusive form of rule, created by combining the bits and pieces of perfectly reasonable democratic institutions in monstrous ways, much as Frankenstein's monster was created from bits and pieces of other living things. No one part is objectionable; the horror emerges from de combinations".

novamente à presidência do país), com o trabalho de escritórios de advocacia[252] como base para sucessivas emendas constitucionais a fim de garantir a captura da constituição e o controle do Judiciário (Carmo Duarte, 2018).

Esse projeto tecno-político foi uma movimentação orquestrada e legal, que criou condições para que o poder político de Orbán aumentasse, lesionando o sistema de freios e contrapesos daquele país: nos três primeiros anos de governo, Orbán teve condição de capturar a própria corte constitucional, garantindo que seu governo fizesse a maioria das indicações dos ministros, minando a independência da corte sem precisar fechá-la. Tal fragilização em forma de captura técnica se alastrou para outras instituições do judiciário, com a neutralização (via aposentadoria ou remoção) dos seus críticos, algo estendido para a mídia independente, os partidos de oposição, a comissão eleitoral e outras figuras de expertise pública contrárias ou críticas ao Primeiro-Ministro e ao Fidesz (Scheppele, 2018, p. 549-551).

A partir desse caso, é possível avaliar que a forma jurídica democrática "clássica" ainda existirá durante governos autoritários. Frankenstates têm uma constituição ou um sistema de leis sólido, eleições periódicas, tribunais constitucionais e participação popular, para citar alguns elementos. Consoante o que foi averiguado com base nos relatórios de análise sobre a situação democrática e o desenho das autocracias no mundo e no Brasil, algo que será retomado nas próximas seções deste trabalho, para ser possível observar a monstruosidade antidemocrática promovidos por tais autocratas e seus partidos políticos em toda sua dimensão, é necessário que os rearranjos, capturas e fragilizações estruturais de cada ordem jurídico-constitucional sejam elevados a objeto da análise.

Usando, portanto, da metáfora da forma da monstruosidade viva a partir de diversas partes de corpos criada no romance de Mary

252 Diversos especialistas trabalhando neste projeto, não sendo possível afirmar que eles tivessem uma visão geral do propósito do estudo técnico desenvolvido.

Shelley de 1818[253], Scheppele faz refletir como, em anos recentes, o que torna possível a forma abusiva de governo e a normalização (para alguns) da degradação constitucional e democrática é a paradoxal combinação de diversos elementos possíveis, intrínsecos e aceitáveis às democracias constitucionais e ao direito.

Consoante às conclusões de Scheppele, outros pesquisadores apontam a década de 2010 (com uma possível pequena variação temporal, a depender de cada país) como referencial para pensar o que nomeiam como momento do estabelecimento em diversas nações de projetos políticos reacionários de "erosão constitucional" (Meyer, 2022; Câmara; Almeida, 2022), "oportunismo desconstituinte" (Paixão, 2023a; 2023b), "constitucionalismo abusivo" (Landau, 2013), "autoritarismo competitivo" (Levitsky; Way, 2022) ou "crise da democracia" (Fitzi; Mackert; Turner, 2018), para citar alguns termos. Apesar de diferenças terminológicas e conceituais, os especialistas concordam que a discussão em questão é sobre o fato de que o direito tem sido usado nos anos recentes para a construção de arquiteturas políticas e normativas que fragilizam valores e instituições democráticas, chancelando a ascensão e estabelecimento de autocratas no poder.

David Landau esmiuça em outros casos, com grande ênfase em análise de países na América Latina, a forma sutil com que o constitucionalismo abusivo, em seus termos, se estabelece em democracias liberais. Como exemplo próximo, Landau detalha como na Colômbia entre 2002 e 2010, o então presidente Álvaro Uribe conseguiu apoio do Congresso para modificar a constituição, permitindo sua reeleição com amplo apoio popular (mais de 60% do eleitorado) (Landau, 2013, p. 12).

Sobre essa questão da forma mobilização eleitoral via mídias sociais, não é necessário retroceder a análise no tempo para observar tentativas de cooptação da ordem constitucional como estratégia de líderes populistas, democraticamente eleitos, se manterem no governo com foco total em suas agendas políticas reacionárias. Desde

253 Brown (2021) faz semelhante percurso analítico para discutir sobre a ficção da liberdade nas "democracias" do século XXI.

os primeiros dias de 2023, recebemos as notícias do que Aeyal Gross, professor de direito constitucional e internacional na Universidade de Tel Aviv, nomeou como uma tentativa em Israel de uma "revolução constitucional populista" (Gross, 2023) proposta pelo Ministro da Justiça Yariv Levin. Em janeiro, Levin apresentou publicamente uma série de propostas de mudança judicial a pedido de Benjamin Netanyahu, Primeiro-Ministro do país.

Tais propostas de ampliação dos poderes do chefe do executivo geraram uma onda de reações da população israelense e palestina. Têm majoritariamente um foco de mudança das formas de atuação do judiciário daquele país, por exemplo, com a ampliação de nove para onze membros o comitê de seleção judicial; a proibição de que o Supremo Tribunal discuta leis fundamentais; a limitação do tempo de duração de audiências do Supremo Tribunal que discutam a validade de uma lei; e, ainda, a possibilidade do Knesset (assembleia legislativa de Israel, unicameral) reavaliar de decisões do Supremo Tribunal que tenham declaro a invalidade de leis promulgadas, dentre outras questões (Gross, 2023).

Algo que Gross dá destaque em sua análise é o fato de que retrocesso democrático e populismo não seriam novidades em Israel, que já presenciou mudanças constitucionais promovidas por líderes populistas. Em sua perspectiva, ao contrário do passado, a diferença agora é que Netanyahu tem o apoio de uma coalização de líderes políticos da extrema direita. Ademais, assim como os casos objetos nas análises de Scheppele e Landau, Gross afirma que essa revolução reacionária é legal e técnica, já que por anos os partidos de direita e extrema direita de Israel prepararam em *think tanks* tanto esta proposta de rearranjo legal, quanto o projeto de ocupação das cadeiras da assembleia legislativa de Israel para garantir as condições políticas favoráveis, evitando vetos às mudanças propostas (Gross, 2023).

Do diálogo com a literatura especializada, ficou evidente ainda que, atualmente, os populistas se valem de um prévio cenário de crise da democracia para ascender ao poder. As crises financeiras são uma importante face de tensão dentro das democracias liberais

contemporâneos. O populismo tem íntima relação com os processos de acumulação desigual da globalização – para o economista Dani Rodrik, o populismo tem raízes econômicas e é possível localizar uma série de fatores desta ordem que são determinantes para a emergência de líderes populistas, de direita e de esquerda (Rodrik, 2018).

De fato, analisando o apoio que partidos populistas tiveram entre 1961 e 2015, Rodrik demonstra que a eleição de partidos e lideranças populistas ao poder foi precedida de situações de ampla crise ou insatisfação econômica com o modelo de globalização vigente. Argumenta, todavia, que a globalização não pode ser vista como o único ou mais importante determinante nesta dinâmica, pois mudanças tecnológicas, a erosão de garantias trabalhistas sobre o salário e outros direitos sociais têm, também, seu papel. Para o autor, a história e a teoria econômica fornecem razões para acreditar que estágios avançados de globalização criam condições mais propensas a reações populistas e autoritárias (Rodrik, 2018, p. 14). É possível afirmar que o populismo é, neste sentido, mais um sintoma do atual momento da crise da democracia liberal, antes que o causador de tal crise. A partir do referencial que Rodrik apresenta, é possível constatar também que, além de sintoma, ele é um produto do aumento da desigualdade social.

3 POPULISMO E DEMOCRACIA: UMA HISTÓRICA RELAÇÃO NO BRASIL

Sobre o populismo, foi possível avaliar que a literatura mobilizada neste estudo concorda em dois pontos: em primeiro lugar, que ele não é um fenômeno novo, no Brasil ou no exterior; em segundo lugar, que não pode ser abordado de forma homogênea, pois suas manifestações variam significativamente em diferentes contextos políticos e sociais. Regimes absolutamente diversos têm sido tratados como populistas, no passado e no presente (Mackert, 2018, p. 1-13). É descabido buscar por uma "verdadeira natureza" do populismo" (Mouffe, 2020, p. 20).

O populismo não é uma ideologia ou um regime político, não sendo possível atribuí-lo a um conteúdo programático específico. Ele é uma forma de ação coletiva com o intuito de alcançar o poder (Mouffe, 2019).

Essa mudança na chave de interpretação do conceito é essencial para pensar os populismos contemporaneamente. Concordamos com a perspectiva de Heloísa Fernandes Câmara de que é necessário construir identificações menos tendenciosas sobre o populismo, porque "a identificação de populismo com autoritarismo é errada, ou ao menos incompleta uma vez que seria uma forma de fazer política, e não seu conteúdo" (Câmara, 2021, p. 869).

Mesmo assim, há a necessidade de cautela para sua operacionalização. O verbete "populismo" no Dicionário da Política inicia com este alerta:

> Podemos definir como populistas as fórmulas políticas cuja fonte principal de inspiração e termo constante de referência é o povo, considerado como agregado social homogêneo e como exclusivo depositário de valores positivos, específicos e permanentes. Alguém disse que o Populismo não é uma doutrina precisa, mas uma "síndrome". O Populismo não conta efetivamente com uma elaboração teórica orgânica e sistemática. Muitas vezes ele está mais latente do que teoricamente explícito. Como denominação se amolda facilmente, de resto, a doutrinas e fórmulas diversamente articuladas e aparentemente divergentes, mas unidas no mesmo núcleo essencial, da referência recorrente ao tema central, da oposição encarniçada a doutrinas e fórmulas de diversa derivação. As definições do Populismo se ressentem da ambiguidade conceptual que o próprio termo envolve. [...] (Incisa, 1998, p. 980-981).

Ernesto Laclau tem semelhante entendimento sobre essa cautela. Laclau foi um dos primeiros cientistas políticos a ser crítico

sobre o motivo pelo qual, não raro, o conceito seja usado de forma pejorativa, como uma ofensa, "algo que sintetiza tudo que há de ruim" (Barros; Lago, 2022, p. 6) ou raso na política por significar uma experiência política de massas acríticas.

Para Laclau, o populismo está "a meio caminho entre o descritivo e o normativo" (Laclau, 2005, p. 33), porque per se é incapaz de estabelecer parâmetros universais ou ser aplicados a regimes específicos. Laclau desdobra esta reflexão afirmando que o termo é excessivamente universal e genérico, e, quando especificado em um regime, perde seu caráter explicativo, vez que haverá características particulares, neste determinado caso, que o levarão para longe do conceito genérico.

Laclau afirma que este impasse que a teoria política enfrenta com a conceituação de populismo não é acidental. Deve-se, em seu entendimento, ao fato de que a própria teoria política é limitada aos instrumentos disponíveis para a análise política. Em suas palavras: "o populismo, enquanto locus de um empecilho teórico, reflete alguns dos limites inerentes ao modo pelo qual a teoria política abordou a questão de como os agentes sociais 'totalizam' o conjunto de sua experiência política" (Laclau, 2005, p. 64-65).

É interessante destacar que este "empecilho teórico" a que Laclau faz referência é identificável no estudo do fenômeno no Brasil. Aqui, segundo o historiador Jorge Ferreira, o termo "populismo" faz parte do léxico de intelectuais, professores universitários, jornalistas e trabalhadores. Tornou-se o que Ferreira chama de "uma das mais bem-sucedidas imagens que se firmaram nas Ciências Humanas no Brasil" (Ferreira, 2001, p. 7).

Para Ferreira, é difícil investigar as origens do conceito no país. Todavia, como categoria explicativa, o "populismo" historicamente surgiu e foi mobilizado com a função de responder sobre o intrigante apoio maciço da classe trabalhadora em favor de Getúlio Vargas durante o Estado Novo e, também, como resposta ao rearranjo do apoio dos líderes trabalhistas entre 1945 e 1964 (Ferreira, 2001, p. 7-8). Para Francisco Weffort, em um texto de fins da década de 1970, o

populismo no Brasil "só pode ser compreendido no processo de crise política e de desenvolvimento econômico que se abre com a revolução de 1930" (Weffort, 1978, p. 61).

Desta maneira, o populismo no Brasil – e a crítica a este fenômeno – não começou apenas em anos recentes. O conceito surgiu no bojo de teorias que ligavam as cidades em crescimento a líderes carismáticos que manipulavam "as massas". Tais teorias buscavam entender esse apoio tido como irrestrito a determinados líderes. A história deste conceito e as ideias que o estabeleceram não advém diretamente do meio acadêmico: se baseiam no esforço de fabricar imagens políticas desmerecedoras do adversário, algo próprio e do interior da luta política (Ferreira, 2001). Essa particularidade histórica é foco de atenção também da historiadora Ângela de Castro Gomes, que faz um estudo da trajetória do conceito no Brasil (Gomes, 2001), reiterando a importância de pensá-lo em sua particularidade dentro da América Latina em virtude dos diversos populismos e subsequentes ditaduras no Cone Sul.

Ferreira aponta que com o passar dos anos o termo se popularizou, na luta política e na academia. A noção de populismo no Brasil ao longo do século XX se tornou "elástica, e, de certo modo, a-histórica", usada para explicar tudo que envolvia qualquer dinâmica política no país (Ferreira, 2001, p. 9).

Na contramão desse movimento generalista e a-histórico, destaca-se a perspectiva de Marilena Chauí, que aprofunda a discussão sobre o fenômeno ao dar a ele contornos filosóficos e políticos locais. Chauí relaciona o populismo no Brasil às dificuldades para a instituição de uma sociedade democrática. Para a filósofa, a forma local da sociedade instituída na polarização entre o privilégio dos grandes e múltiplas carências do povo, concomitante ao que chama de "matriz teológica do modo de aparição da política através da figura do Estado, portanto da figuração institucional do poder" são o "solo" no qual estão fincadas as raízes do populismo no país (Chauí, 2018, p. 59).

Para Chauí, o populismo brasileiro não pode mais ser tomado como sinônimo de coronelismo ou caudilhismo (em remissão ao

Estado Novo) por não se tratar mais de um compromisso entre forças agrárias e industriais pela via do controle da classe trabalhadora através da Legislação Trabalhista. Desde os anos de 1950, o fenômeno populista no Brasil tem características ideológicas urbanas: ele se dirige à classe média, prometendo que um competente administrador porá fim da corrupção política e dos costumes (Chauí, 2018, p. 59).

Chauí faz a ressalva de que embora proponha ali traços do populismo brasileiro e sua ameaça à democracia, o que apresenta era identificável diante do que se passava na Europa e Estados Unidos (2016-2017). Registra ter observado que durante as campanhas eleitorais de Trump o termo populismo ressurgia como referência aos programas e discursos de candidatos conservadores e de extrema-direita (Chauí, 2018). Observando os casos supracitados, soma a tais traços a

> crítica da política enquanto política, recusa das mediações institucionais republicanas, recusa da democracia, personalismo (a figura do indivíduo bem-sucedido por mérito próprio e eficiência nos negócios), salvacionismo com a demonização dos imigrantes e dos movimentos de gênero (CHAUÍ, 2018, p. 63).

Pertinente para a reflexão aqui desenvolvida o fato de que Chauí apresenta 6 (seis) traços que caracterizam o populismo no Brasil contemporâneo. São eles: i) é um poder que "pretende operar numa relação direta entre governante e governados", e se realiza sem mediações políticas, operando efetivamente para afastar as instituições políticas (partidos políticos, formas políticas de organização da sociedade civil e a própria estrutura do Estado na forma dos três poderes republicanos) desta relação; ii) é um poder pensado na "ideologia da competência", ou seja, realizado sob a forma da tutela e do favor, onde o governante se apresenta como aquele que detém o poder e o saber sobre a forma da solução dos problemas existentes; iii) por não operar com mediações institucionais, o líder se

apresenta como oriundo do social, mas transcendente a ele, havendo uma produção mítica; iv) no populismo, o poder é incorporado, plenamente ocupado pelo governante e não de funda em instituições públicas ou depende de mediações sociopolíticas; v) é um poder que tem um exercício personalista, em que "o exercício do poder e a forma do governo oferecem a pessoa privada do governante como sua pessoa pública."; e vi) é "um poder que é uma das formas paradigmáticas de autoritarismo político" (Chauí, 2018, p. 62-63).

É claro, portanto, que a literatura especializada tem uma preocupação similar acerca da relação entre populismos e autocracias, especialmente porque o fenômeno cumpre um papel dentro de complexos casos de deterioração democrática.

Concordamos com a posição de Heloísa Fernandes Câmara para quem o populismo não seja sinônimo de autoritarismo (Câmara, 2021). Ainda assim, a revisão de literatura aponta que o populismo é, atualmente, a forma pelo qual líderes de extrema-direita ascendem ao poder e colocam em curso um progressivo movimento de cooptação de instituições e valores de democracias constitucionais.

Para conclusão desta etapa do estudo, destaca-se o fato de que a cientista política Nadia Urbinati situa o populismo dentro do fenômeno global da democracia por ele ser interligado à discussão sobre soberania popular, tendo a nação e o povo em seu núcleo ideológico (Urbinati, 2019). O populismo é, para esta autora, uma transmutação de princípios democráticos como o povo e a vontade popular, já que no populismo, líderes alegam personificar o interesse do povo, legitimando-se pela vontade da maioria.

Urbinati está (assim como Chauí em parte de seu trabalho) refletindo sobre o caso norte-americano da eleição de Donald Trump em 2016, razão pela qual defende que o "populismo no poder é o majoritarismo extremo"[254] (Urbinati, 2019, p. 113), em que uma ala da sociedade pretende mobilizar o poder político contra outras partes da sociedade (minorias e opositores políticos). Sua perspectiva sobre o

254 Tradução livre de "Populism in power is na extreme majoritarianism".

populismo é de que ele é algo negativo para a democracia, um tipo de anomalia ao não ser um regime próprio, mas um fenômeno com estilo e teor que "emerge no domínio da opinião e questiona todas essas características da democracia"[255] (Urbinati, 2019, p. 113).

No entendimento de Urbinati, independentemente da conotação ideológica que este apelo ao povo possa tomar, ele é estruturalmente marcado por uma parcialidade radical acerca da interpretação do povo e da maioria - justamente o que pode fazer o populismo colidir com a democracia constitucional, ainda que seus princípios estejam inseridos no universo democrático (Urbinati, 2019, p. 111). No caso concreto, tal parcialidade radical cria condição para que a ascensão de um líder populista ao poder venha a desfigurar as instituições, o estado de direito e a divisão entre os poderes.

A eleição de um líder populista pode impactar de forma estrutural a democracia constitucional em que se insere, estendendo-a em direção ao que Urbinati nomeia como "fronteiras extremas" por abrir a possibilidade ao estabelecimento de políticas autoritárias, senão mesmo ditatoriais (Urbinati, 2019, p. 112). Em diálogo com Jaques Derrida, Urbinati aponta este como sendo o paradoxo intrínseco do populismo: caso essa mudança de regime ocorra, o populismo deixará de ser possível, por ser depender, justamente, da mobilização do povo em eleições diretas ou plebiscitos populares.

Assim, evidente que para se pensar sobre populismos e erosão democrática na contemporaneidade é importante atentar à sofisticação e às modificações recentes das políticas autocráticas. Nas próximas seções deste estudo, aprofundamos o papel das mídias e das interfaces digitais na modificação estrutural da participação política e, por consequência, da forma como os populismos e as lideranças autocráticas ascendem ao poder.

255 Tradução livre de "Populism emerges within the domain of opinion and questions all of these features of democracy".

4 MUDANÇAS DE NATUREZA: POPULISTAS E DIGITAIS

Este breve estado da arte da conceituação do populismo contemporaneamente permite identificar de 2 (dois) pontos essenciais de análise. O primeiro faz referência à necessidade de recepcionar na discussão alguns dados presentes nos relatórios internacionais de centros de referência em ciência política, que indicam uma mudança na forma do estabelecimento das autocracias no mundo: os processos de esfacelamento democrático estão ficando cada vez menos velados. O segundo ponto de análise concerne ao papel das mídias sociais e seus usos durante as campanhas eleitorais. As mídias sociais são loci para avaliar com mais clareza a referida mudança da natureza das autocracias: são espaços privilegiados para avaliar como as autocracias se estabelecem e, também, como a mudança da natureza das autocracias passa pela crescente polarização, extremismo e violência dos discursos políticos.

Explorando o primeiro ponto de análise, cabe destacar que de acordo o Relatório *Defiance in the Face of Autocratization – Democracy Report 2023*, publicado pelo *Varieties of Democracy Institute (V-Dem Institute)*, no ano de 2022 o nível global de democracia se equiparava àquele encontrado ano de 1986 – na região da Ásia- Pacífico, os níveis são equiparáveis aos encontrados no ano de 1978; no Leste Europeu, Ásia Central e países da América Latina e Caribe, em geral, os índices são comparáveis aos encontrados no fim da Guerra Fria. Em pleno estágio de neoliberalismo, pela primeira vez em duas décadas, há mais autocracias que democracias liberais no mundo. Equivale dizer que 72% da população mundial (5,7 bilhões de pessoas, aproximadamente) vivem hoje sob regimes autocráticos (Papada, Evide; et al. 2023, p. 9).

O *V-Dem Institute* é uma organização acadêmica independente que se dedica ao estudo e pesquisa da democracia em todo o mundo. Fundado em 2014, tem sede na Universidade de Gotemburgo, na Suécia, e apresenta como sua principal missão a produção de dados, índices e análises abrangentes sobre a qualidade da democracia em diferentes países ao longo do tempo. O projeto é um consórcio global

de mais de 3.000 cientistas sociais e pesquisadores que trabalham em colaboração para coletar, codificar e analisar dados de diversos aspectos da democracia. Esses dados abrangem tópicos como instituições políticas, liberdades civis, participação popular, direitos humanos, Estado de Direito, dentre outros, e podem ser acessados pelo relatório anual e por forma gráfica, com recorte regional ou local.

No relatório publicado em 2022, além de apresentar dados sobre a polarização política em vários países, o estudo concluiu que o processo de autocratização do mundo está mudando de natureza. De forma paulatina e crescente, os líderes autocráticos estão passando a tomar posições e ações mais contundentes, violentas e polarizadas.

Essa alegação da mudança da natureza da autocratização se assenta no fato de que em 2021 houve cinco golpes militares e um autogolpe no mundo – o recorde do século XXI até o presente momento. Destes, 4 (quatro) golpes resultaram em novas autocracias fechadas (no Chade, Guiné, Mali e Mianmar). Tais golpes e a crescente radicalização do debate político e da polarização interna das sociedades são apontados ainda como sinais de que esta mudança na natureza da autocratização contribui para a vitória de lideranças antipluralistas e para o empoderamento de agendas reacionárias e/ou extremistas. O relatório conclui que, em 2021, essa "epidemia de golpes" foi possível por conta dos projetos de desinformação sistêmica das sociedades, alertando mais uma vez ao fato de que autocratas buscam moldar a opinião pública local e internacional em seu próprio favor por meio da veiculação de notícias falsas, deturpadas e alarmistas (Boesse et al, 2022, p. 30).

O *V-Dem Institute* não é o único a publicar relatórios e diagnósticos preocupados com os índices democráticos e autocráticos no mundo. Esse e outros relatórios apresentam dados para refletir como os Frankestates contemporâneos estão se tornando, em determinados aspectos, bastante similares aos autoritarismos do passado. Desde 2017 o Instituto para Democracia e Assistência Eleitoral (IDEA), com sede na Suécia, publica o Relatório *The Global State of Democracy*. Assim como o *V-Dem Institute*, o propósito desta organização intergovernamental é

de promover e fortalecer a democracia em todo o mundo, e uma forma desta promoção é o fornecimento do suporte técnico e assistência na área de processos eleitorais e governança democrática feita através do supracitado relatório anual.

No relatório de 2022, ao analisar a situação democrática em 174 países a partir de 29 (vinte e nove) aspectos diferentes, a conclusão foi a de que a inovação e o crescimento democráticos estão em um cenário de estagnação ou declínio (IDEA, 2022). Para o IDEA, as democracias estão lutando para se equilibrar em ambientes de instabilidade e ansiedade social causada pela guerra na Europa e pelas flutuações econômicas. Entendo que merece destaque o indicativo específico de que o cenário atual é muito propício, segundo este relatório, para que lideranças populistas continuem a ganhar terreno em todo mundo[256].

Em uma análise gráfica feita com dados de 1976 até 2022, os pesquisadores do IDEA demonstram que a partir de 2008 (ano da crise econômica global), o número de países indo em direção a formas autoritárias de governo passou a ser um crescente. O ponto de destaque máximo é o ano de 2020 por conta da pandemia de Covid-19[257], quando assinalam o que nomeiam como sendo o surgimento de uma "onda de golpes" autoritários. Além disso, chamam atenção ao fato de que desde 2022 a guerra na Ucrânia desponta como um caso singular para avaliar o crescimento de regimes autoritários dentro da Europa, com o renascimento da narrativa de divisão do mundo vista durante a Guerra Fria, em que uma parte da população mundial viveria em comunidades democráticas e, os demais, estariam dentro de regimes autocráticos (IDEA, 2022).

Ambos os relatórios fazem uma análise global, tratando do Brasil ao pormenorizarem os dados referentes à América Latina. O

256 IDEA publica os índices em forma gráfica e interativa, atualizada uma vez ao mês. Ver em: https://idea.int/democracytracker/gsod-report-2022 e https://idea.int/democracytracker/ Acesso em 10. ago. 2024.

257 Por questão de recorte de análise, não será possível aprofundar essa questão neste estudo. Todavia, importante citar que o Relatório The Global State of Democracy 2021 é dedicado a pensar sobre as mudanças causadas pela pandemia de Covid-19. Ver: https://www.idea.int/gsod-2021/ Acesso em Acesso em 10. ago. 2024.

Democracy Report afirma que no ano de 2022, no Brasil e na Polônia, a autocratização estagnou antes da ruptura completa da democracia (IDEA, 2022, p. 17). O relatório dá destaque ao fato de que esta foi a décima publicação consecutiva em que o Brasil apareceu na lista das 10 (dez) principais autocracias do mundo, com a polarização permanecendo em níveis elevados. Apontam que isso pode continuar a desestabilizar a democracia no país, mesmo após a eleição do presidente Lula, a quem qualificam como sendo um líder político com histórico de respeito às instituições democráticas. Além disso, para o *V-Dem Institute*, as instituições democráticas essenciais melhoraram no país entre 2021 e 2022, o que pode colaborar em favor do que nomeiam como sendo o "desafio do presidente Lula" nos próximos anos de minimizar tal polarização (IDEA, 2022, p.22).

O Relatório *The Global State of Democracy*, do IDEA, faz uma série de recomendações em nível global e regional para frear o processo de autocratização e de ascensão populista. Atentos ao que defendem ser a necessária unificação do Brasil após a eleição de 2022, destaca-se neste relatório que uma recomendação para as Américas (incluindo o Brasil em um diagnóstico mais amplo), é a da necessidade de que as instituições nacionais de direitos humanos e as agências de governo desenvolvam mecanismos participativos, permitindo que as demandas dos ativismos em prol da democracia e dos direitos civis e humanos possam ser coladas em prática, minimizando a polarização política (IDEA, 2022, p. 37).

Em um nível global, para frear esta polarização política e a mobilização eleitoral via fake news, uma das recomendações apresentadas pelo IDEA é de que as legislações nacionais sejam adaptadas e atualizadas, levando em consideração que a política hoje em dia se desenvolve também no que nomeiam como "realidades digitais". Destaca-se também que o IDEA reitera a urgência desta ação porque a comunicação via mídias sociais e aplicativos de troca de mensagens são a forma de mobilização política utilizada nos processos autocráticos (IDEA, 2022, p.35).

No relatório *Democracy Report* 2023, tem espaço central isso que nomeamos aqui como o problema da desinformação para as democracias. Afirma-se ali que "a desinformação é como um bastão usado por partidos antipluralistas para atiçar a polarização em países como Brasil, Polônia, Rússia, Türkiye e Estados Unidos (Papada, 2023, p. 26)[258]. As novas tecnologias permitem aos atores populistas driblarem o que a ciência política chama de gatekeerpes da democracia, ou seja, os atores (elites políticas, intelectuais, econômicas e/ou os partidos políticos, que Steven Levitsky e Daniel Ziblatt definem como os guardiões da própria democracia) que possuem a legitimidade e o poder de determinar quem acessa o sistema político (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 99).

Desta maneira, o formato das mídias digitais beneficia a comunicação populista que busca justamente operar sem mediações institucionais. Para Pedro Abelin, as redes sociais e os aplicativos de troca de mensagens são um ambiente propício para a ressonância de discursos autoritários, punitivistas, autorreferenciais, apelativos e de enaltecimento (nocivo) da soberania popular. São uma forma rápida e acessível de comunicação maciça, que pode ser acompanhada de imagens ou demais produções audiovisuais que endossam retóricas apelativas e míticas – como Abelin reitera, sequer é necessário que o elemento da comunicação em questão seja verídico, pois a circulação das *fake news* é um traço crucial do populismo autoritário aqui e em outros países (Allcott; Gentzkow, 2017, p. 211-223).

Durante o esforço de revisão bibliográfica desenvolvido neste estudo, foi possível constatar também que a maneira exaustiva pela qual os atores políticos carismáticos pelo mundo se valem das mídias para construir o próprio carisma e a ligação com o eleitorado não é ignorada pelos pesquisadores, chamada por alguns de tweetocracia (Santana; Carvalho, 2022; Kennett, 2017; Müller; Wüest; Willi, 2016) ou populismo 2.0 (Revelli, 2017; Cervi, 2019; Almeida; et al, 2019).

258 Tradução livre de: "Disinformation is like a stick used by anti-pluralist parties to stir up polarization in countries such as Brazil, Poland, Russia, Türkiye, and the United States (...)."

Assim, a atenção à mudança de natureza dos processos de autocratização no mundo deve passar pela forma e conteúdo das mídias sociais. Ali os discursos violentos e extremistas podem ser diagnosticados, embasando ações estatais, ou de organizações da sociedade civil e do Judiciário, em prol da defesa da democracia e do Estado Democrático de Direito.

Alguns estudos recentes publicados no Brasil apontam para esta característica que está transformando o fenômeno populista contemporâneo. A antropóloga Letícia Cesarino nomeia de populismo digital o mecanismo de produção de hegemonia política colocado em curso pela campanha de Jair Bolsonaro à presidência em 2018. Em seus termos, "populismo digital, neste sentido, refere-se tanto a um aparato midiático (digital) quanto a um mecanismo discursivo (de mobilização) e uma tática (política) de construção de hegemonia" (Cesarino, 2019, p. 95).

Para a antropóloga, o caso da ascensão do Primeiro-Ministro Narendra Modi na Índia, em 2014, é paradigmático. Modi foi um dos líderes populistas pioneiros na utilização das mídias sociais como forma de mobilização eleitoral, algo largamente explorado no Brasil nos últimos dois ciclos eleitorais à presidência (Cesarino, 2020a). Ademais, como a autora avalia, o Facebook foi protagonista no *Brexit* e na eleição de Donald Trump, e, no Brasil, a plataforma protagonista dessa tática política no ciclo eleitoral de 2018 foi o WhatsApp (Cesarino, 2019, p. 2).

Endossando os dados do relatório do IDEA, Cesarino afirma que a ausência de legislação nacional sobre a utilização das mídias sociais e aplicativos de mensagens em campanhas eleitorais permitiu, no caso brasileiro, que o ex-presidente Bolsonaro (e outros representantes do Executivo a nível estadual e municipal) vencessem as eleições "sem sair de casa" (Cesarino, 2020b). O populismo é, assim, também um estilo político de comunicação, uma estratégia da ação política colocada em diálogo com o seu tempo. Qualquer operacionalização do populismo como conceito explicativo de uma dada realidade política

deve, necessariamente, recepcionar a linguagem cultural a que ele pertence (Urbinati, 2019).

5 NATUREZA E PERFIL POPULISTA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

É fato que o governo Bolsonaro foi enquadrado por agências nacionais e internacionais como um governo populista e autocrático. A partir de 2019, quando Bolsonaro assumiu o governo, o *V-Dem Institute* passou a colocar o Brasil como um dos países com maior tendência de autocratização no mundo, lado a lado com a Hungria, Polônia, Sérvia e Turquia, por exemplo. Para o *V-Dem Institute*, a polarização no Brasil começou a aumentar em 2013 e, em 2018, atingiu o que nomearam de "níveis tóxicos" devido a vitória de Bolsonaro, candidato que enquadraram como pertencente à extrema-direita (Papada, 2023, p. 22).

Parte da literatura convencionou chamar o que se desenrolou nos últimos anos no Brasil com o governo Bolsonaro de populismo de direita. No entanto, pela presença tão marcante de tais traços autoritários, somados à abordagem punitivista por ele defendida, entendemos não ser adequado chamar o governo Bolsonaro e o bolsonarismo de populismo de direita. A pluralidade político-partidária é um traço importante das democracias constitucionais, sendo infrutífero e arriscado e abrir brecha para interpretações que levem a crer que todo governo que não seja de esquerda tenha ou vá desenvolver, obrigatoriamente, uma agenda autoritária e antidemocrática.

Por tal, entendemos que o caso brasileiro recente é um populismo autocrático, opção terminológica que Kellner (2016) também fez. O populismo em questão mobiliza uma natureza violenta como identidade política. Bolsonaro foi eleito com um discurso anti-establishment e manteve todo seu governo alicerçado em uma agenda política autoritária e violenta, que exaltava a ditadura civil-militar, atacando a constituição e diversas instituições republicanas

do Brasil. Ademais, manteve-se durante o governo – e após a eleição de 2022 – sustentando um discurso voltado para uma classe-média socialmente conservadora ("Deus, Pátria e Família"), economicamente neoliberal, de matriz cristã-evangélica. Demonizava as elites políticas e intelectuais, os movimentos sociais e as "esquerdas" (reunidas dentro da alcunha comunistas), sempre com uma posição misógina e ultraconservadora em relação os estudos e dissidências sexuais e do gênero. Registre-se ainda o aspecto do discurso bolsonarista apontado por Raphael Neves (2018) referente à negação do outro e da intelectualidade, parte essencial da retórica de "crise" moral e dos valores da família que legitimou a própria ascensão política do ex-presidente

Essa violência dos processos de (re)construção das relações de alteridade é um marco deste populismo autocrático brasileiro. No Brasil, segundo Relatório "O Caminho da Autocracia - estratégias de erosão democrática", publicado em 2020 e atualizado em 2022 pelo Centro de Análise da Liberdade e Autoritarismo (LAUT), o retrocesso do índice democrático tem essa particular característica populista autoritária do "antagonismo que rejeita ao outro lado a condição de membros da comunidade política" (Brito et al, 2022, p. 19).

Em acordo com o que foi constatado antes sobre a sofisticação técnica do cooptação da ordem democrática estar cada vez mais violentas e menos velada fora do Brasil, o relatório do LAUT destaca que a partir de 2018 houve o aumento nas práticas de censura e assédio à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa internamente. Além disso, sublinha o caráter antipluralista do discurso político bolsonarista e aponta como traço de seu governo o empenho na mobilização da população (via mídias sociais) em defesa de pautas autoritárias e violentas (Brito et al, 2022, p. 16).

Em 2020, o LAUT lançou também uma ferramenta online para a catalogação dos atos e comportamentos de autoridades estatais que podem trazer riscos à liberdade e democracia no Brasil. Localizaram cinco eixos do que foi denominado "Estoque Autoritário": i) redução de mecanismos de controle e/ou centralização; ii) violação da autonomia

institucional; iii) construção de inimigos; iv) ataque ao pluralismo e a minorias; v) legitimação da violência e do vigilantismo.

O propósito do mapeamento era de diagnosticar elementos representativos do processo autocrático no país, não exaustivo. Ainda assim, entre janeiro de 2019 e dezembro de 2021, mapearam 1.692 atos[259].

Assim, o populismo bolsonarista legitimou a violência e o vigilantismo, entendido aqui como demonstrações de poder, ainda que nem sempre físico, com discursos que propagam insegurança entre os habitantes das áreas urbanas, elogiam e incentivam operações policiais exibicionistas e violentas, e adotam elementos retóricos para construção de inimigos, por exemplo.

Desta maneira, a análise de tais dados indicou que se deve manter no horizonte o fato de que a eleição de Bolsonaro à presidência e a ascensão deste populismo autocrático no Brasil devem ser contextualizados como parte de um movimento muito mais amplo de erosão democrática e crise constitucional que estava em curso no país há alguns anos. Esse processo de erosão constitucional é lento, algo já visto antes neste trabalho em diálogo também com Scheppele, Diamond, Brown e Landau em análise da situação política de outros países. Para a realidade brasileira, Cristiano Paixão (2016) já propunha refletir sobre os desdobramentos da Operação Lava Jato e do impeachment sofrido pela ex-presidente Dilma Rousseff como elementos sintomáticos de uma crise regional da democracia constitucional, com diálogos globais e, ainda, com o possível efeito de fazer surgir novas lideranças populistas no país.

6 CONCLUSÃO

Os movimentos populistas não se limitam mais à América Latina e, como visto, os populismos autoritários existem e se estabeleceram de forma sofisticada, técnica e digital também em

259 Ver on-line em: https://laut.org.br/agenda-de-emergencia/ Acesso em 10 jul. 2024.

países membros europeus da União Europeia e nos Estados Unidos. São majoritariamente, por ora, movimentos vinculados a uma extrema-direita reacionária, senão mesmo protonazista.

O processo de redemocratização do Brasil iniciado em fins da década de 1980 inaugurou um novo regime constitucional no país, mas o recurso a medidas autoritárias de governo permaneceu no aparato estatal; a autocracia brasileira esteve no que não deixa de ser um aprimoramento constante para novos usos.

Evidente, portanto, que a reflexão sobre populismos e erosão democrática na contemporaneidade no Brasil deve atentar à sofisticação das políticas autocráticas, bem como ao fato de que a natureza de tais políticas está em constante transformação, que apontam, hoje, para um extremismo da violência política.

O processo de redemocratização do Brasil iniciado em fins da década de 1980 inaugurou um novo regime constitucional no país, mas o recurso a medidas autoritárias de governo permaneceu no aparato estatal; a autocracia brasileira esteve em anos recentes em um aprimoramento constante para novos usos. Foi possível constatar que a forma jurídica democrática "clássica" ainda existirá durante governos autoritários.

Frankenstates têm uma constituição ou um sistema de leis sólido, eleições periódicas, tribunais constitucionais e participação popular, para citar alguns elementos. Consoante o que foi averiguado com base nos Relatórios de análise sobre a situação democrática e o desenho das autocracias no mundo e no Brasil, para ser possível observar a monstruosidade antidemocrática promovidos por tais autocratas e seus partidos políticos em toda sua dimensão, é necessário que os rearranjos, capturas e fragilizações estruturais de cada ordem jurídico-constitucional sejam elevados a objeto da análise.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBINO, Chiara; OLIVEIRA, Jainara; MELO, Mariana (Orgs.). Neoliberalismo, neoconservadorismo e crise em tempos sombrios. Recife: Editora Seriguela, 2021. p. 91-152.

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social media and fake news in the 2016 election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-236, 2017.

ALMEIDA, Ana Paula Cardoso. Estratégias de erosão constitucional no Brasil: bolsonarismo e a desconstituição por meios legais e administrativos. Revista Direito e Práxis, 2022.

ALMEIDA, H. et al. Tweetocracia e o populismo 2.0 da direita: o caso do Brasil. Encontro Anual da ANPOCS, 2019.

BARROS, Thomás Zicman; LAGO, Miguel. Do que falamos quando falamos de populismo. Companhia das Letras, 2022.

BOESSE, Vanessa A. et al. Autocratization Changing Nature? Democracy Report 2022. University of Gothenburg: Varieties of Democracy Institute (V-Dem Institute), 2022. Disponível em: https://v-dem.net/media/publications/dr_2022.pdf. Acesso em: 4 jun. 2023.

BROWN, Wendy. In the ruins of neoliberalism: The rise of antidemocratic politics in the West. Columbia University Press, 2019.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. Populistas e autoritários? Debates sobre usos do conceito. Revista Direito e Práxis, v. 12, p. 861-884, 2021.

CARMO DUARTE, Mariana. Hungria: o Estado de Direito em crise? Revista Portuguesa de Ciência Política, n. 9, p. 13-30, 2018.

CERVI, Laura. Orgulhosamente populista: Populismo 2.0 y el caso Salvini. Sistema: Revista de Ciências Sociais, n. 254, p. 89-119, 2019.

CESARINO, Letícia. Como vencer uma eleição sem sair de casa: a ascensão do populismo digital no Brasil. Internet & Sociedade, v. 1, n. 1, p. 91-120, 2020.

CESARINO, Letícia. How social media affords populist: remarks on liminality based on the Brazilian case. Trabalhos em Lingüística Aplicada, Campinas, n. 59.1, p. 404-427, jan./abr. 2020.

CESARINO, Letícia. Populismo digital, neoliberalismo e pós-verdade: uma explicação cibernética. Anais da VII Reunião de Antropologia da Ciência e da Tecnologia (VII ReACT), 2019. p. 2.

CHAUÍ, Marilena. Sobre o populismo no Brasil. Dossiê Claude Lefort. Cadernos de Ética e Filosofia Política, v. 1, n. 32, p. 54-74, 2018.

DALY, Tom Gerald. Capturing the complexity of constitutional erosion and resilience in Brazil. Suprema: Revista de Estudos Constitucionais, v. 2, n. 1, p. 479-494, 2022.

DIAMOND, Larry. Elections without democracy: Thinking about hybrid regimes. Journal of Democracy, v. 13, n. 2, p. 21-35, 2002.

FERREIRA, Jorge Luiz. O nome e a coisa: o populismo na política brasileira. In: O populismo e sua história: debate e crítica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

FERREIRA, Jorge Luiz. O populismo e sua história: debate e crítica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

FITZI, Gregor; MACKERT, Jürgen; TURNER, Bryan S. (Ed.). Populism and the Crisis of Democracy: Volume 1: Concepts and Theory. Routledge, 2018.

FREEDEN, Michael. After the Brexit referendum: revisiting populism as an ideology. Journal of Political Ideologies, v. 22, n. 1, p. 1-11, 2017.

GOLD, Hadas. O que os planos de reforma judicial de Israel podem significar para os palestinos. CNN Brasil, março de 2023. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/o-que-os-planos-de-reforma-judicial-de-israel-podem-significar-para-os-palestinos/. Acesso em: 12 jun. 2024.

GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET. Constitutional Democracy in Crisis?. Oxford: Oxford University Press, 2018.

GROSS, Aeyal. The Battle Over the Populist Constitutional Coup in Israel. Verfassungsblog, março de 2023. Disponível em: https://verfassungsblog.de/the-battle-over-the-populist-constitutional-coup-in-israel/. Acesso em: 10 mai. 2024.

IDEA Internacional. The Global State of Democracy 2022 - Forging Social Contracts in a Time of Discontent, 2022. Disponível em: https://idea.int/democracytracker/sites/default/files/2022-11/the-global-state-of-democracy-2022.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

KELLNER, Douglas. American nightmare: Donald Trump, media spectacle, and authoritarian populism. Springer, 2016.

KENNETT, Chris. The good, the bad and the Donald. Big Issue Australia, n. 552, p. 14-15, 2017.

LACLAU, Ernesto. A razão populista. São Paulo: Três Estrelas, 2005. p. 33.

LAKOFF, Robin Tolmach. The hollow man: Donald Trump, populism, and post-truth politics. Journal of Language and Politics, v. 16, n. 4, p. 595-606, 2017.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. UCDL Rev., v. 47, p. 189-260, 2013. p. 202.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2018.

MACKERT, Jürgen. Introduction: Is there such a thing as populism? In: Populism and the Crisis of Democracy. Routledge, 2018. p. 1-13.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Constitutional erosion in Brazil. Bloomsbury Publishing, 2021.

MOUFFE, Chantal. Por um populismo de esquerda. Autonomia Literária, 2020. p. 20.

MOUFFE, Chantal. The populist moment. Simbiótica: Revista Eletrônica, v. 6, n. 1, p. 06-11, 2019.

MÜLLER, Christian; WÜEST, Bruno; WILLI, Thomas. Twitter data for political analysis in Switzerland. Zora: Swiss Political Science Association. Annual Meeting, Basel, 21 January 2016.

NEVES, Raphael. "Joga pedra na Judith": discursos de ódio e populismo. Cadernos Pagu, (53), 2018.

PAPADA, Evide et al. Defiance in the Face of Autocratization. Democracy Report 2023. University of Gothenburg: Varieties of Democracy Institute (V-Dem Institute), 2023. Disponível em: https://www.v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf. Acesso em: 4 jun. 2024.

PAIXÃO, Cristiano. Covid-19 e o oportunismo desconstituinte. Jornal Grupo Gente Nova, v. 9, 2020. Disponível em: https://jornalggn.com.br/a-grande-crise/covid-19-e-o-oportunismo-desconstituinte-por-cristiano-paixao/. Acesso em: 21 mai. 2024.

PAIXÃO, Cristiano. Um golpe desconstituinte? JOTA: Democracia e Sociedade, maio de 2016. Disponível em: https://l1nq.com/8Noig. Acesso em: 21 mai. 2024.

REVELLI, Marco. Populismo 2.0. Giulio Einaudi Editore, 2017.

RODRIK, Dani. Populism and the economics of globalization. Journal of International Business Policy, v. 1, p. 12-33, 2018.

SANTANA, Luciana da Conceição Farias; CARVALHO, Isadora Leal. Da judicialização da política à atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal no Twitter. Caderno Eletrônico de Ciências Sociais, v. 10, n. 1, p. 134-146, 2022.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. The University of Chicago Law Review, v. 85, n. 2, p. 545-584, 2018, p. 549-551.

SCHEPPELE, Kim Lane. Not Your Father's Authoritarianism: The Creation of the 'Frankenstate'. Newsletter of the European Politics and Society Section of the American Political Science Association, v. 23, n. Winter, p. 5-9, 2013.

URBINATI, Nadia. Me the people: How populism transforms democracy. Harvard University Press, 2019.

WEFFORT, Francisco Corrêa. O populismo na política brasileira. Editora Paz e Terra, 1978.

OS ASPECTOS POLISSÊMICOS DA SUPOSTA CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE MULTIFACETED ASPECTS OF THE ALLEGED CRISIS OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Luciana da Silva Costa[260]

Tamires Paulina Oliveira Castro[261]

Resumo: O presente artigo busca examinar os aspectos polissêmicos da suposta crise do Estado Democrático de Direito, voltando-se, especialmente, ao caso brasileiro, com vistas a verificar se o Estado Democrático de Direito, idealizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passa por uma situação de excepcionalidade ou se o atual formato de Estado é, em verdade, tão somente pretensamente democrático. Intenta-se verificar como determinados grupos, de maneira aparentemente legal, conseguem alterar a ordem constitucional, dificultando o retorno do *status quo ante*, e retiram dos tribunais a capacidade de fiscalizar os seus atos. Para isso, examina-se as tentativas de combate à disseminação de *fake news*, em defesa da democracia e da lisura do processo eleitoral, no exercício da jurisdição constitucional do STF. Trata-se de pesquisa bibliográfica baseada na literatura jurídica e em decisões judiciais correlatas à matéria tratada.

Palavras-chave: Autocracia; Constitucionalismo Abusivo; Erosão Constitucional; Legalismo Autocrático; Infocracia.

Abstract: This article seeks to examine the polysemic aspects of the supposed crisis of the Democratic Rule of Law, focusing in

260 Mestre em Direito pela PUC Minas e doutora em Direito pela USP. Professora e coordenadora do Curso de Direito da PUC Minas - Campus Lourdes. E-mail: luciana.costa@sga.pucminas.br, http://lattes.cnpq.br/4278252169916006.

261 Bacharel em Direito pela PUC Minas. Email: tamirespcastro@gmail.com. Lattes: https://lattes.cnpq.br/9150289081208766.

particular on the Brazilian case, with a view to verifying whether the Democratic Rule of Law, idealized by the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, is going through a situation of exceptionality or whether the current state format is, in fact, only pretending to be democratic. The aim is to verify how certain groups, in an apparently legal manner, manage to alter the constitutional order, making it difficult to return to the status quo ante, and remove the courts' ability to oversee their actions. To this end, we examine the attempts to combat the spread of fake news, in defense of democracy and the fairness of the electoral process, in the exercise of the STF's constitutional jurisdiction. This is a bibliographical study based on legal literature and court decisions related to the subject.

Keywords: Autocracy; Abusive Constitutionalism; Constitutional Erosion; Autocratic Legalism; Infocracy.

1 INTRODUÇÃO

A contemporaneidade testemunha uma preocupante erosão da democracia e do constitucionalismo moderno, cujos alicerces fundamentais estão sendo desafiados por uma série de fatores. O respeito às normas constitucionais e o equilíbrio de poderes, essenciais para a sustentação de sistemas democráticos, enfrentam ameaças crescentes. O estudo a seguir pretende compreender como a instrumentalização política de instituições, a polarização exacerbada e a erosão da confiança nas estruturas democráticas contribuem para a fragilização do tecido constitucional.

Em exame do cenário hodierno, vê-se que o Estado Democrático de Direito, como imaginado pela Constituição Federal de 1988, ao contrário do que muitos pensam, pode não se encontrar em crise. Isso porque, consoante Rubens Casara (2017), o termo "crise" é amplamente utilizado com o fito de ocultar uma mudança paradigmática. Para o autor, não há como perceber o Estado atual como democrático, especialmente, diante da forma como são tratados os direitos e as

garantias fundamentais. A concepção do Estado Democrático de Direito, que se destacava pela imposição de restrições estritas sobre o exercício do poder, não é mais suficiente para descrever e identificar o atual formato do Estado.

Evidenciando uma possível superação do Estado Democrático de Direito, Casara (2017) utiliza o termo "*Estado Pós-Democrático de Direito*". Assenta que este seria um paradigma que transcende o modelo democrático, cuja característica preponderante é a retomada vigorosa das políticas neoliberais no aspecto econômico. Simultaneamente, no âmbito político, elucida que esse tipo de Estado se apresenta, primordialmente, como um instrumento para preservar a ordem, exercer controle sobre grupos considerados indesejáveis, facilitar a acumulação de capital e a busca por lucros. Por tal razão, utiliza-se neste texto a expressão "*suposta crise*".

A metodologia de pesquisa centrou-se em revisão bibliográfica abrangente, envolvendo livros e artigos acadêmicos relevantes ao tema, tanto em língua portuguesa como em línguas estrangeiras. Essa abordagem permitirá um entendimento aprofundado do estado da arte e das teorias predominantes na área de estudo, oferecendo uma base sólida para a análise e discussão do que se propõe neste estudo. Adicionalmente, a pesquisa incluiu análise de inquéritos conduzidos pelo Supremo Tribunal Federal, o que é fundamental para compreender a aplicação prática das teorias e conceitos jurídicos em contextos reais.

2 DEMOCRATURAS E AUTOCRACIAS LEGALISTAS

Nesta seção, inicialmente, explora-se o conceito de "*democratura*". É um termo que combina os conceitos de "*democracia*" e "*ditadura*" e é frequentemente usado para descrever situações políticas em que elementos de ambos os sistemas coexistem. Ainda que não seja um termo amplamente reconhecido na teoria política, ele pode ser útil para analisar contextos em que há uma pretensa democracia, na

qual a concentração de poder faz com que se esvaziem os princípios basilares das instituições democráticas.

O vocábulo "*democraturas*" é utilizado por Kim Scheppele (2016) para caracterizar líderes e grupos políticos que operam em uma posição intermediária entre ditaduras civis e militares convencionais, comprometendo o exercício das funções estatais à luz dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Para a autora, a hipocrisia está por trás da formação de novos sistemas políticos, pois líderes que buscam consolidar o poder, frequentemente, criam formas de governo, ostentando termos como "*constitucional*" e "*democrático*". Todavia, na prática, acumulam poder de forma desordenada e centralizada. Mesmo quando promovem mudanças radicais nas constituições, ainda que sejam feitas por meio de processos formais, não respeitam os princípios democráticos e liberais.

Noticia-se que a comunidade internacional raramente toma medidas eficazes para responsabilizar os líderes desses novos sistemas. Ante a ausência de medidas satisfatórias, as reações globais são menos evidentes e rigorosas. Desse modo, as "*democraturas*" continuam sendo tratadas como regimes baseados no Estado Democrático de Direito. Hodiernamente, conforme Estefânia Barbosa e Robl Filho (2018), nota-se a ocorrência de golpes velados, os quais são aceitos passivamente tanto pela população quanto pelo Estado, especialmente, quando não há uma ruptura drástica com o regime anterior, resultando em "*golpes constitucionais*", que se tornaram o método preferido e eficaz para consolidar e manter o poder[262].

Quando presidentes legitimamente eleitos, com apoio parlamentar, conseguem introduzir reformas constitucionais com o objetivo de prolongar ou consolidar seu próprio poder e minar o sistema de controle, especialmente em relação aos tribunais, mesmo que, à primeira vista, as Constituições ainda pareçam democráticas,

262 BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil Contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça.** p. 85.

as mudanças promovidas por esses regimes de "*democraturas*" minam a essência da democracia constitucional (Barboza apud Landau, 2013, p. 191)

Consoante esclarecem Estefânia Maria Queiroz Barboza e Ilton Nascimento Robl Filho (2018, p. 85), a análise minuciosa das "*democraturas*" e do constitucionalismo abusivo aponta que:

> "Para seu emprego com frequência em sistemas de governo presidencialistas, e não nos sistemas parlamentaristas ou nos sistemas semipresidencialistas. Essa constatação retoma a discussão sobre os perigos do presidencialismo (LINZ, 1991), e, eventualmente, acerca das vantagens do parlamentarismo, pois a "performance histórica superior das democracias parlamentares não é um acidente" (LINZ, 1991, p. 52) e o seu modelo garante uma democracia mais estável. A referida conclusão foi apontada nos anos 1990 para países com profundas divisões políticas e pluripartidarismo; podendo o parlamentarismo oferecer uma melhor expectativa de preservar a democracia (LINZ, 1991, p. 52). De outro lado, a conclusão também se emprega como um dos possíveis antídotos contra o constitucionalismo abusivo e a democratura".

A referida conclusão pode ser vista como um possível antídoto contra o constitucionalismo excessivo e as "*democraturas*". Noutro giro, sugerem os autores que outros desafios se formam no presidencialismo quando, em vez de presidentes autoritários, é o Legislativo que recorre a cláusulas democráticas e processos constitucionais formais para enfraquecer o Poder Executivo, o que também pode ser descrito como um exemplo de constitucionalismo abusivo.

No Brasil e em várias nações da América Latina, a continuidade do mandato presidencial está condicionada à obtenção de apoio majoritário no Parlamento. Nesse contexto, o Presidente da República

desfruta de respaldo direto das eleições populares, mas o Parlamento também representa uma expressão do apoio popular. Em momentos de crise, a competição entre os poderes Legislativo e Executivo pode resultar em instabilidade democrática e na instalação das infames "*democraturas*" (Robl Filho, 2012, p. 187).

Outrossim, em "*Como as democracias morrem*", Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 89) explicam que, a ruptura democrática não precisa ser planejada. Muitos dos governantes demagogos são eleitos pelo povo e, às vezes, não planejam assumir seus cargos com intenções autocráticas. Ao experimentar o poder, um líder demagógico que não obedece às regras e ameaça o *establishment* político é, de certo, alvo de críticas negativas. Isso provoca uma escalada de retaliações que vão se escalando ao longo do tempo e de acordo com a resistência do oponente.

Elucidam que a erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia. Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, limpar as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional.

Salientam os autores Ziblatt e Levitsky (2018) que a maioria dos políticos se veem frustrados com muitas das restrições impostas pelas legislações e pelo poder judiciário, mas os democráticos sabem que têm de aceitá-las. Eles são capazes de entender e vencer as críticas. Em contraposição, para aqueles com inclinações demagógicas, a política democrática é, com frequência, frustrante. Para eles, o sistema de freios e contrapesos é visto como uma barreira a ser suprimida. E, para tal empreendimento, tentam utilizar da lei para justificar suas ações autoritárias e antidemocráticas.

Scheppele (2018) cunhou o termo "*legalismo autocrático*" para descrever esse fenômeno. Trata-se de uma técnica de governança que frequentemente passa despercebida e que permite esconder retrocessos sob o pálio do Poder Judiciário[263].

Para se reconhecer um legalista autocrático em ação, a autora instrui que deve-se primeiro suspeitar de um líder democraticamente eleito quando ele lança um ataque coordenado e planejado a longo prazo, mesmo quando o faz em nome de seu mandato democrático, contra instituições cujo trabalho é fiscalizar suas ações ou aplicar as regras que o responsabilizam, Afrouxar os laços de contenção constitucional sobre o poder executivo por meio de reformas legais é o primeiro sinal do legalismo autocrático.

Alerta sobre a importância de não se olvidar que a identificação da citada tendência é feita à medida que ela emerge, e, portanto, se está avaliando muitos desses regimes *em medias res*, enquanto ainda estão em desenvolvimento. Embora seja possível ver como esses regimes começam, ainda não há um mapa detalhado de como essas experiências terminam. Destaca que alguns regimes rotulados como autocráticos agora podem ter um renascimento democrático posterior, assim como outros regimes em declínio podem cair no abismo do autoritarismo.

Acrescenta que o fenômeno permanece como uma preocupação essencial, mesmo que seja de natureza transitória. Enquanto os autocratas consolidam seu domínio, as circunstâncias já se deterioraram substancialmente. Além disso, a desintegração dos princípios liberais é de tal gravidade que justifica uma investigação aprofundada sobre o funcionamento do legalismo autocrático. Defende que é possível identificar os autocratas legalistas, especialmente, em seu período de consolidação de poder, uma vez que demonstram ambições de monopolizar o controle e recorrem frequentemente ao mesmo repertório de estratagemas.

263 ROHLFING, Regitze; WIND, Marlene. **Autocratic Legalism and the Measures of Democracy.** p. 10.

São ambições excessivas e o uso de artifícios legais que os transformam em autocratas legalistas, independentemente do êxito ou do fracasso que possam ter no final, para Scheppele (2018). A autora pontua que embora os autocratas legalistas possam encontrar obstáculos e suas reformas contrárias à liberalidade possam ser revertidas, também há o risco de se converterem em ditadores absolutos. O primeiro passo, de acordo com a autora, no entanto, é reconhecê-los pelo que são, como pessoas que ascendem ao poder, justificando suas ações por meio de processos eleitorais e, em seguida, recorrem a métodos legais para eliminar os princípios liberais do constitucionalismo.

Em sua análise, os autocratas legalistas operam ao colocar a democracia contra o constitucionalismo em detrimento do liberalismo. A democracia e o constitucionalismo são famosamente tensos quando o que o povo deseja em um determinado momento é anulado por princípios constitucionais que impedem esse desejo. A democracia é um sistema político no qual os líderes são responsáveis perante o povo; o constitucionalismo é um sistema político no qual líderes e o povo juntos são adicionalmente responsáveis dentro de um sistema de contenção constitucional para defender valores básicos que transcendem o momento[264].

Observa que a democracia e o constitucionalismo podem entrar em conflito quando o público não cumpre suas obrigações constitucionais e as eleições produzem uma maioria a favor de mudanças inconstitucionais. Ou as tensões entre o constitucionalismo e a democracia podem criar uma crise quando as elites oferecem escolhas ao público democrático que colocam o liberalismo em jogo. Afirma que os autocratas legalistas sabem disso e usam uma ideia simplista de democracia – o que qualquer eleição específica acontece a ter produzido - para atacar qualquer contenção constitucional que atrapalhe o que o eleitorado disse que desejava. Complementa

264 SCHEPPELE, Kim L. **Autocratic legalism**. p. 560.

que o resultado, quando essa artimanha tem sucesso, é o simples majoritarismo, que pode rapidamente levar ao liberalismo.

Acerca da tensão entre democracia e constitucionalismo, entende que também pode ser resolvida de maneira liberal. O constitucionalismo democrático resolve a tensão entre democracia e constitucionalismo incorporando no constitucionalismo o requisito de uma democracia autossustentável, um sistema no qual o povo pode continuar ao longo do tempo escolhendo seus líderes, responsabilizando-os e alternando o poder quando os líderes decepcionam[265].

Por derradeiro, infere que a frustração temporária de uma maioria democrática em nome de um compromisso a longo prazo de garantir que as maiorias democráticas possam continuar a escolher seus líderes no futuro pode ser justificada tomando a dignidade e a liberdade das pessoas - incluindo minorias agora, bem como futuras pessoas, como obrigações centrais do governo constitucional. Utilizam a justificativa de que a frustração democrática a curto prazo pode ser justificada em nome de garantias democráticas a longo prazo.

Levitsky e Ziblatt (2023), em seu livro "*Tyranny of The Minority*", estabelecem que em uma democracia saudável, extremistas antidemocráticos são tratados como párias e são evitados pela mídia. Membros da classe política, líderes empresariais e outros integrantes da sociedade, com o receio de prejudicar suas imagens, evitam qualquer associação com esses extremistas. Alegam, no entanto, que se políticos proeminentes derem um apoio não declarado, isso pode alterar essa dinâmica, contribuindo para a normalização dos extremistas e de suas ideias.

Os meios de comunicação tradicionais, conforme assentam os autores, começam a tratar as lideranças antidemocráticas como se fossem figuras políticas convencionais, convidando-os para entrevistas e debates. Os empresários de destaque podem optar por fazer doações financeiras para suas campanhas. Os consultores políticos que previamente os evitavam agora passam a atender suas chamadas. E

265 ROHLFING, Regitze; WIND, Marlene. **Autocratic Legalism and the Measures of Democracy.** p. 12.

muitos políticos e ativistas que tinham simpatia por esses extremistas em particular, mas não tinham coragem de apoiá-los publicamente, podem agora se sentir à vontade para fazê-lo[266].

Quando os partidos tradicionais toleram, apoiam ou endossam de forma tácita extremistas antidemocráticos, isso envia uma mensagem poderosa de que o custo do comportamento antidemocrático foi reduzido, para Levitsky e Ziblatt (2023). Nessa feita, o efeito dissuasivo desaparece. A aderência parcial a democracia não apenas normaliza as forças antidemocráticas, mas também as encoraja e, em alguns casos, pode radicalizá-las, segundo os autores. Para eles, alguns políticos permitem ou respaldam o extremismo antidemocrático porque é a abordagem mais fácil. Frequentemente, esses políticos convencem a si mesmos de que estão tomando as medidas necessárias para avançar. No entanto, com o tempo, se tornam colaboradores cruciais no declínio da democracia.

Enfatizam os autores supra referidos que os políticos tradicionais podem contribuir para o enfraquecimento de uma democracia ao permitir o extremismo antidemocrático. No entanto, eles também podem miná-la de outra maneira: através do constitucionalismo abusivo - comportamento que, em geral, está de acordo com o texto da lei, mas que deliberadamente mina seu espírito. Não se trata de táticas políticas agressivas, que existem em todas as democracias, mas sim do uso da lei como uma arma política. Qualquer constituição, não importa quão bem projetada seja, pode ser usada para minar a democracia de maneiras que são tecnicamente legais.

Asseveram que é exatamente isso que torna o constitucionalismo abusivo tão perigoso, haja vista que os políticos não violam abertamente a lei; suas mãos permanecem limpas. Portanto, é de vital importância que os cidadãos sejam capazes de reconhecer o "*constitutional hardball*" quando o veem. Mesmo constituições e leis bem elaboradas inevitavelmente contêm ambiguidades e possíveis brechas, estão sujeitas a múltiplas interpretações e podem ser

266 LEVITSKY; ZIBLATT. **Tyranny of the Minority:** Why American Democracy Reached The Breaking Point. p. 44.

aplicadas de diferentes maneiras. Os políticos podem explorar essas ambiguidades de maneiras que distorcem ou subvertem o propósito para o qual as leis foram escritas[267].

3 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E INFOCRACIA

Faz-se necessário, oportunamente, descrever as técnicas sinalizadas por Levitsky e Ziblatt (2023) como instrumento para descurar a democracia por meio do constitucionalismo abusivo.

1. Aproveitamento de lacunas: em síntese, utilizam da inexistência de disposição legal e da ausência de normas jurídicas aplicáveis ao caso *in concreto*, considerando a dificuldade de se abranger todas as contingências pelas leis e procedimentos existentes. Na lógica autocrática, se um comportamento não for explicitamente proibido, esse comportamento, não importa quão inadequado seja, muitas vezes se torna permitido.

2. Uso excessivo ou indevido da lei: para os que abusam do constitucionalismo, algumas regras são projetadas para serem usadas com parcimônia, ou apenas em circunstâncias excepcionais. São regras que exigem contenção ou autocontrole no exercício dos direitos legais.

3. Aplicação seletiva do direito: governos com tendências autocráticas podem punir seus rivais não pela burla à lei, mas também por sua aplicação. Segundo essa técnica, os governantes podem aplicar a lei seletivamente, direcionando-a a seus rivais. Em outros termos, é o uso político da lei como uma arma. O governo pode estar agindo legalmente, pois está aplicando a lei, entretanto está agindo de maneira injusta, pois a aplicação é direcionada a quem entende por inimigo.

4. "*Lawfare*": "*o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo*". Fazem uso da ferramenta

267 LEVITSKY; ZIBLATT. **Tyranny of the Minority:** why american democracy reached the breaking point. p. 48.

outorgada pela Constituição de elaboração de novas leis que, apesar de parecerem imparciais, são formuladas para atingir oponentes.

Em face do exposto, vê-se que o retrocesso democrático ocorre gradualmente, por meio de uma série de medidas que, em primeira análise, podem parecer razoáveis. Como essas medidas são apresentadas dentro dos limites da legalidade, pode parecer que pouco mudou. E, se houve alterações, são sempre sob a justificativa de que o objetivo é aprimorar as eleições, conferindo mais transparência, combater a corrupção ou melhorar a prestação jurisdicional. Assim, qualquer crítica às técnicas adotadas é veementemente indexada como alarmismo, militância ou queixas partidárias.

Para que as medidas tomadas por lideranças autocráticas tenham aparência minimamente legal, fazem o uso da tecnologia, principalmente, das redes sociais, mediante a disseminação de informações em massa. O efeito desse movimento é alarmante, pois a repetição de dados intencional, muitas vezes inverídicos, têm a capacidade de alterar a percepção da realidade. O tema será tratado mais detalhadamente a seguir.

No novel cenário tecnológico, são inevitáveis mudanças significativas na dinâmica entre as esferas pública e privada, causadas essencialmente pelas necessidades de reestruturação política, administrativa e judiciária.

Conforme indica Edoardo Celeste (2021), a sociedade moderna está passando por um novo período constitucional, e, desta vez, a transformação é principalmente impulsionada pelo impacto revolucionário da tecnologia.

O reconhecimento de uma esfera pública digital e a implementação dos princípios relacionados ao estado de direito representam um desafio para a dogmática jurídica. A teoria política contemporânea, com o fito de esclarecer desembaraços sobre o tema, interseccionou dois conceitos - constitucionalismo e digitalização. Desse marco paradigmático, emergem várias teorias que têm utilizado cada vez mais a terminologia "*constitucionalismo digital*".

À luz do entendimento do constitucionalismo tradicional como fenômeno político coadunado com a normatização das relações diversas tecnologias digitais, Celeste (2021) tem a seguinte concepção:

> "Eu considero o constitucionalismo digital uma declinação do constitucionalismo moderno. Aquele compartilha os valores fundamentais, os objetivos gerais deste, mas se concentra no contexto específico afetado pelo advento da tecnologia digital. Sendo o constitucionalismo digital um "ismo", pode-se defini-lo como a ideologia que visa estabelecer e assegurar a existência de um quadro normativo para a proteção de direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no ambiente digital".

A partir dessa colocação, o autor entende que o conceito de constitucionalismo digital, na realidade, se refere a um cenário específico, o ambiente digital, onde atores privados surgem ao lado dos Estados-Nação como possíveis violadores de direitos fundamentais. A peculiaridade desse ambiente digital exige que desvincule-se o conceito de constitucionalismo de sua dimensão puramente estatal, a fim de compreender plenamente o surgimento do poder dos atores privados. Essa interpretação resulta de um processo de generalização e subsequente adaptação do conceito de constitucionalismo para se adequar ao contexto digital[268].

Em um ambiente no qual tanto atores públicos quanto privados podem influenciar a proteção dos direitos fundamentais, como o descrito acima, a finalidade do constitucionalismo digital é restringir o poder de ambas as categorias de atores. Essa abordagem do constitucionalismo digital se desvincula das amarras que o ligam

268 CELESTE, Edoardo. **Constitucionalismo digital:** mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. 2022. p. 69.

à dimensão estritamente estatal, na qual surgiu a concepção mais ampla de constitucionalismo[269].

Essa abordagem do constitucionalismo digital, para Jane Reis Gonçalves Pereira e Clara Iglesias Keller (2022), "*volta sua atenção para o conteúdo das normas regulatórias, buscando identificar em que medida empregam uma linguagem tipicamente constitucional*". A constelação legal abordada não se limita apenas aos documentos formalmente constitucionais, nem mesmo àqueles exclusivamente do Estado. Portanto, não depende de um processo constitucional baseado na representação popular, mas parte do pressuposto de que os processos de constitucionalização podem ser reconhecidos pela "*emergência, criação e identificação de elementos de natureza constitucional*" (Peters, 2006 *apud* Pereira; Keller, 2022).

Consoante o disposto pelas mencionadas juristas, as ferramentas do constitucionalismo digital podem ser relacionadas a iniciativas que vão além das ações oficiais do Estado, estendendo-se ao âmbito das corporações privadas. Isso representa, de forma substancial, um avanço mais audacioso do que o que o constitucionalismo tradicional permitiria.

Sob a ótica das autoras, em uma perspectiva enraizada na tradição moderna, os atores não estatais são fundamentalmente inadequados para a constitucionalização, uma vez que lhes faltam os elementos essenciais para operar de maneira funcional e simbólica, como constituições.

Citando o jurista alemão Dieter Grimm (2010), destaca-se que há cinco características definidoras da constituição não estão simultaneamente presentes nos sistemas transnacionais e privados. São elas:

> i) o fato de ser um sistema de normas que expressam uma decisão política;

269 CELESTE, Edoardo, **Digital Constitutionalism:** The Role of Internet Bills of Rights. New York: Routledge, 2023.

> ii) sua finalidade orientada à instituição e regulação do poder público;
> iii) a circunstância de não reconhecer fundamentos ou meios extraconstitucionais do exercício do poder;
> iv) sua origem na vontade popular como fonte legítima do poder, escorada na distinção entre poder constituinte e poder constituído; e seu caráter supremo sobre as demais fontes normativas (Grimm, 2010, p. 9).

De acordo com a análise de Pereira e Keller (2022), as regras estabelecidas e aplicadas por um ator privado em suas próprias atividades estão imbuídas de lógicas regulatórias e têm potenciais efeitos diferentes das obrigações regulatórias baseadas na força coercitiva do Estado. Embora os subsistemas possam escapar em certa medida da intervenção estatal, os mecanismos regulatórios que impõem às plataformas, por exemplo, a observância de procedimentos que garantam o devido processo ou requisitos de transparência, mesmo quando no âmbito das obrigações regulatórias impostas pelo Estado, acabam por legitimar a concentração de poder.

Rememoram que o constitucionalismo digital, a depender da corrente teórica, busca validar poderes já estabelecidos, frequentemente de natureza privada, distorcendo os princípios basilares do constitucionalismo. Isso ocorre ao conceber a "*constituição*" como uma mera formalização da ordem existente, endossando a atuação dos atores que já detém efetivamente o poder, sem participação democrática.

Essa abordagem se assemelha a uma prática adotada por sistemas autocráticos a partir do século XX, nos quais se apropriam da simbologia da forma constitucional para legitimar, consolidar e perpetuar os poderes já estabelecidos. As constituições, em seu sentido normativo e de proteção, não têm o propósito de oficializar ou validar desigualdades preexistentes. Em vez disso, seu papel é funcionar

como instrumentos de emancipação democrática, reconfigurando as dinâmicas de poder e estabelecendo novas ordens sociais e políticas[270].

No que concerne a democracia e as novas tecnologias, o sul-coreano Byung-Chul Han (2022) também tem considerações que interessam ao presente estudo. Para ele, a digitalização do atual plano está avançando de forma implacável. Isso submete as percepções, a relação com o mundo e a convivência à uma mudança radical. A sociedade se encontra perplexa com a agitação comunicativa e informativa. A exposição a informações em massa se infiltrou na esfera política e está causando distorções e perturbações em larga escala no processo democrático. A esse evento, o qual compreende como uma degeneração da democracia, atribui o termo de "*infocracia*".

Assinala que essa crise tem início no domínio cognitivo. Inicia sua construção lógica afirmando que a informação tem uma vida útil muito curta. Ela carece de estabilidade temporal porque prospera com o apelo à surpresa. Devido à sua instabilidade temporal, ela fragmenta a percepção e puxa a realidade para um redemoinho permanente de eventos atuais. Assenta que é impossível se deter na informação. Isso deixa o sistema cognitivo em um estado de inquietação. A necessidade inerente de aceleração na informação reprime práticas cognitivas que consomem tempo, como aprender, experimentar e adquirir conhecimento[271].

Ante a sua vida útil limitada, a informação atomiza o tempo, conjectura Han (2022). O tempo, para o autor, é reduzido a uma mera sequência de momentos pontuais. Nisso, a informação difere das narrativas, que criam continuidade temporal. Acredita que o tempo está fragmentado em todas as áreas hoje em dia. Estruturas que costumavam sustentar o tempo e estabilizar tanto a vida quanto a percepção estão se deteriorando rapidamente.

Assevera que a orientação de curto prazo da sociedade da informação não favorece a democracia. Isso porque, o discurso

270 PEREIRA, Jane R. G.; KELLER, Clara I. Constitucionalismo digital: contradições de um conceito impreciso, **Revista Direito Práx.** p. 2652.

271 HAN, Byung-Chul. **Infocracia:** la digitalización y la crisis de la democracia. p. 158.

possui uma temporalidade intrínseca que não é compatível com a comunicação acelerada e fragmentada. É uma prática que exige tempo. Decisões racionais são tomadas a longo prazo, pois são precedidas por reflexões que se estendem além do momento presente, alcançando o passado e o futuro. Essa extensão temporal é o que distingue a racionalidade.

Na sociedade da informação, conforme destaca Han (2022) não há mais tempo para ação racional. A pressão para acelerar a comunicação priva os indivíduos da racionalidade. Sob restrições de tempo, recorre-se à inteligência, que, por seu turno, tem uma temporalidade completamente diferente. A ação inteligente é orientada para soluções e sucessos a curto prazo.

Para Han (2022), a racionalidade discursiva também é ameaçada pela comunicação que busca influenciar. Atualmente, se permite que a sociedade seja excessivamente influenciada por informações que se sucedem rapidamente. As emoções são mais rápidas do que a racionalidade. Nesse tipo de comunicação, não são os melhores argumentos que prevalecem, mas a informação com maior potencial de excitação. Assim, notícias falsas atraem mais atenção do que fatos.

A democracia é lenta, prolongada e tediosa. Por tal razão, a disseminação viral de informações prejudica substancialmente o processo democrático. As guerras da informação são travadas com todos os meios técnicos e psicológicos imagináveis. A coerência lógica que caracteriza o discurso é estranha às mídias virais[272]. Nesse diapasão, para compreender a aplicação prática das teorias e conceitos jurídicos supramencionados, em contextos reais, na seção seguinte passa-se ao exame das consequências da desinformação na democracia e no processo eleitoral no Brasil.

272 CASARA, Rubens R R. **Estado pós-democrático:** neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. p. 67.

4 FAKE NEWS, ELEIÇÕES E ABOLIÇÃO VIOLENTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A emergência do Estado Pós-Democrático se revela pelo esvaziamento progressivo da substância de democracia presente nas instituições formalmente democráticas, sem que isso resulte em sua extinção. Essa falsa aparência democrática tem sido duradoura por servir como ferramenta ao projeto político que levou à superação do Estado Democrático de Direito. O respeito às regras democráticas, por determinação constitucional, especialmente, quanto aos direitos e garantias fundamentais deve ser garantido pelo Poder Judiciário[273].

A seguinte parte do presente estudo objetiva examinar como o desrespeito contínuo às instituições, a desinformação e as acusações falsas acerca do sistema eleitoral brasileiro, ensejou a invasão e a depredação dos prédios do Congresso Nacional, do Palácio do Planalto e da Suprema Corte, no dia 8 de janeiro de 2023.

As informações falsas, propagadas com o objetivo de gerar desinformação, enquanto discurso são construídas "por meio do uso de técnicas de persuasão e engajamento emocional para influenciar um determinado público, baseado na falta de transparência sobre a origem e autoria da notícia ou informação" (Cidri Neto, 2024, p. 67)

As *fakes news,* muitas vezes, são projetadas para reforçar vieses e polarizações existentes, exacerbando divisões dentro da sociedade. Isso cria um ambiente onde os indivíduos desconfiam daqueles que não compartilham de suas crenças ou visões políticas, e, por extensão, desconfiam das instituições que deveriam ser neutras e servir a todos os cidadãos de maneira igualitária.

No contexto eleitoral, as *fake news* têm sido usadas para questionar a legitimidade dos resultados das eleições, sugerindo fraudes inexistentes ou manipulações. Isso é especialmente perigoso porque o processo eleitoral é um dos pilares da democracia; quando

273 POMPERMAIER, Paulo H. Pós-democracia instalou-se 'docilmente' no Brasil, diz jurista, **CULT**, 2017. Disponível em: https://revistacult.uol.com.br/home/rubens-casara-estado-pos-democratico/. Acesso em: 01/11/2023.

ele é questionado, toda a estrutura democrática é enfraquecida. Em muitos casos, essas narrativas falsas são amplificadas por líderes políticos ou figuras influentes, que utilizam essas dúvidas para justificar suas próprias agendas.

O ataque ao Congresso brasileiro em 8 de janeiro de 2023 foi, em grande parte, motivado por uma narrativa falsa de que as eleições de 2022 haviam sido fraudadas. Grupos radicais, influenciados por desinformação disseminada nas redes sociais, chegaram a acreditar que a intervenção direta nas instituições era necessária para "corrigir" uma suposta injustiça. Essa crença foi alimentada por meses de *fake news* que minaram a confiança no sistema eleitoral e nas instituições que validaram o resultado das eleições.

Pois bem. A partir do Requerimento nº 1, de 2023, de iniciativa do deputado federal André Fernandes, apoiado por Deputados e Senadores Federais, foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) dos atos de 8 de janeiro de 2023, com o objetivo de investigar os atos de ação e omissão ocorridos no dia 08 de janeiro de 2023 nas Sedes dos Três Poderes da República, em Brasília/DF[274]. O extenso relatório, consubstanciado por estudos bibliográficos, técnico-científicos e circunstanciais, compila diversos documentos probatórios que indicam que medidas da gestão presidencial anterior – de Jair Bolsonaro – possivelmente contribuíram para muitas ocorrências antidemocráticas.

Diversas ações precederam os acontecimentos de 8/1/2023. Conforme relatado pela CPMI, utilizaram de milícias digitais, da influência sobre as forças de segurança pública, da militarização do Estado, do emprego de narrativas conspiratórias, da manipulação e da distorção de informações obtidas pelos órgãos de inteligência do Brasil.

Utilizando como fundamento informações apuradas no Inquérito nº 4.781 e 4.784, ambos de relatoria do Ministro Alexandre de

274 BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Atos de 8 de Janeiro de 2023**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2606. Acesso em 14/11/2023.

Moraes, do Supremo Tribunal Federal, e no relatório final da CPMI das *Fake News,* corroborou-se a existência de uma associação criminosa dedicada à disseminação de notícias falsas, ataques ofensivos a diversas pessoas, às autoridades e às instituições do Poder Judiciário, "*com flagrante conteúdo de ódio, subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática*"[275].

Ademais, as investigações da CPMI supracitada levaram à conclusão de que o diretor-geral da Polícia Rodoviária Federal, Silvinei Vasques, no período de 7/4/2021 a 20/12/2022, foi diretamente responsável pelo planejamento, operacionalização e execução das *blitze* realizadas na região Nordeste, no segundo turno das eleições presidenciais de 2022. Como chefe da instituição, instrumentalizou o cargo que ocupava para atuar politicamente em favor do então candidato à reeleição Jair Messias Bolsonaro, direcionando as *blitze* especificamente para rodovias federais que conectavam municípios cujos eleitores votaram majoritariamente no candidato Luiz Inácio Lula da Silva.

O relatório, ainda, revela que os ataques sistemáticos ao sistema eleitoral, como parte de uma campanha pública organizada e planejada de descredibilização do processo eleitoral e de contestação aos resultados das eleições, resultaram em um ensaio golpista. Noticia-se que a Polícia Federal encontrou na casa do ex-ministro da Justiça, Anderson Torres, uma minuta de decreto com o objetivo de instaurar estado de defesa na sede do Tribunal Superior Eleitoral em Brasília/DF. O texto teria sido criado no início de dezembro de 2022, confirmando a tentativa de um suposto "*golpe de estado preventivo*".

Para Emílio Peluso e Lucas de Souza Prates (2023), o relatório logrou êxito em demonstrar como o ex-presidente conseguiu influenciar certos setores do Estado brasileiro. Acreditam ser notável que as provas apresentadas no relatório indicaram elementos

275 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4781**. Rel. Min. Alexandre de Moraes.

contundentes sobre o atentado de 8 de janeiro na sua definição como tentativa de golpe[276].

A desinformação e a desconfiança nas instituições democráticas podem criar um ambiente onde as pessoas acreditam que o sistema é corrupto ou manipulado. Isso enfraquece a legitimidade das instituições e do processo eleitoral, levando alguns indivíduos a se sentirem moralmente justificados a adotar ações extremas, como protestos violentos ou ataques, na tentativa de corrigir o que percebem como uma ameaça à democracia. Esse ciclo de desinformação pode, assim, desencadear comportamentos que colocam em risco a própria ordem democrática.

5 CONCLUSÃO

O horizonte que está se delineando no atual paradigma é preocupante. O novo autoritarismo, seguindo uma aparência de legalidade, descura constantemente os pilares democráticos. Tudo ocorre dentro dos parâmetros legais e constitucionais. Isto é, o Estado Democrático de Direito é arrefecido dentro dos limites estabelecidos pela Constituição de maneira gradual e dissimulada.

Os líderes autocráticos seguem o texto da lei, mas, intencionalmente, minam seu verdadeiro significado. Não se trata de uma abordagem política agressiva, mas do uso da lei como uma ferramenta política. Os estratagemas utilizados pelos autocráticos têm tido êxito em razão da efemeridade da memória coletiva da sociedade. Os acontecimentos não ficam impressos nos registros de memória coletivos por motivo determinado.

A informação tem um intervalo de atualidade muito reduzido. Falta-lhe estabilidade temporal, porque vive do atrativo da surpresa.

276 PELUSO, Emilio; PRATES, Lucas S. Relatório da CPMI do 8 de janeiro: institucionalização das respostas e atuação do STF. **Revista Eletrônica JOTA**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/relatorio-da-cpmi-do-8-de-janeiro-institucionalizacao-das-respostas-e-atuacao-do-stf-12112023. Acesso em: 18/11/2023.

Devido à sua instabilidade temporal, fragmenta a percepção. A necessidade de aceleração inerente à informação reprime práticas cognitivas que consomem tempo, como o saber, a experiência e o conhecimento. Em contraposição, a racionalidade requer tempo. As decisões racionais são tomadas em longo prazo e são precedidas por uma reflexão que tem em atenção não só o presente, mas o passado e o futuro.

Entretanto, no discurso, essencial em qualquer sistema minimamente democrático, há uma temporalidade intrínseca. A comunicação rápida e fragmentada, típica da sociedade da informação, não favorece a democracia. Sob a ótica da pós-democracia, o abandono da racionalidade faz com que a verdade seja substituída pela "*pós-verdade*", uma espécie de confusão com o volume de informação que é introjetado na sociedade com o conhecimento de fato. São narrativas criadas com propósito certo e determinado, muitas vezes para atender a nova razão do Estado e que não guardam relação necessária com a realidade. A lógica do raciocínio, nesse cenário, se torna mais interessante do que a verdade.

Os meios de comunicação, precipuamente, as redes sociais, são ferramentas utilizadas para fomentar uma opinião popular que auxilia na construção do Estado Pós-Democrático. Hoje em dia, importa mais o que os atores políticos dizem sobre o que entendem da realidade do que os estudos e pesquisas produzidos na academia. A repulsa ao conhecimento e ao pensamento autônomo crítico, que caracteriza todo movimento autoritário, é capaz de derruir os ditames basilares do constitucionalismo democrático, sobretudo, quanto às garantias processuais da ampla defesa, do devido processo legal e da recorribilidade.

Esse ciclo de desinformação e desconfiança cria um ambiente propício para ações extremas, como o ataque do dia 8 de janeiro de 2023, pois os indivíduos envolvidos se sentem justificados e até compelidos a "*salvar*" o país de uma ameaça imaginária. A relação entre *fake news*, desconfiança institucional, e violência política é,

portanto, um círculo vicioso que pode ter consequências profundas e duradouras para a democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Atos de 8 de Janeiro de 2023**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2606. Acesso em 14/11/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Relator propõe pena de 17 anos para primeiro réu dos atos antidemocráticos de 8/1. STF**, 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514007&ori=1. Acesso em: 15/11/2023.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n° 8, de 2021. Agência Senado**. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148030. Acesso em: 21/11/2023.

CELESTE, E.; DA SILVA, Santarém, P. R. (2022). Constitucionalismo Digital: Mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, p. 63–91.

CELESTE, E. **The Constitutionalisation of the Digital Ecosystem**: Lessons from International Law (June 23, 2021). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-16.

CIDRI NETO, Oscar Carlos. **Fake news como instrumento de desinformação e ataque ao estado democrático de direito na sociedade**

informacional. Publicado em 2024. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2024.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). **The Twilight of Constitutionalism.** Oxford, NY: Oxford University Press, 2010, p. 3-22.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia**: la digitalización y la crisis de la democracia. Traducción Joaquín Chamorro Mielke. Taurus. 2022.

LANDAU, David. **Constitucionalismo abusivo**. Trad. Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral. Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71.

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

_____.**Tyranny of the Minority**: Why American Democracy Reached The Breaking Point. New York: Crown, 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. O Processo Penal e a democracia: as prisões em flagrante do dia 8/1. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jan-13/limite-penal-processo-penal-democracia-prisoes-flagrante-81/. Acesso em: 14/11/2023.

PELUSO, Emilio; PRATES, Lucas S. Relatório da CPMI do 8 de janeiro: institucionalização das respostas e atuação do STF. **Revista Eletrônica JOTA**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/relatorio-da-cpmi-do-8-de-janeiro-institucionalizacao-das-respostas-e-atuacao-do-stf-12112023. Acesso em:18/11/2023.

PEREIRA, Jane R. G.; KELLER, Clara I. Constitucionalismo digital: contradições de um conceito impreciso, **Revista Direito Práx**. Rio de Janeiro. Vol. 13. Nº 4. Oct-Dec. 2022. p. 2648-2689.

ROHLFING, Regitze; WIND, Marlene. **Autocratic Legalism and the Measures of Democracy**. Department of Political Science and iCourts, University of Copenhagen, Denmark. 2022.

SCHEPPELE, Kim L. **Autocratic legalism**. University of Chicago Law Review, 85(2), 2018. p. 545-583.

ACCOUNTABILITY E RESPONSIVIDADE DEMOCRÁTICAS COMO REQUISITOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DEMOCRATIC ACCOUNTABILITY AND RESPONSIVENESS AS ESSENTIAL CONDITIONS FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Adriana Campos Silva[277]

Christiane Costa Assis[278]

Lais Barreto Barbosa[279]

Resumo: Em 2015, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Agenda 2030, que estabelece 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável, abordando desde a erradicação da pobreza até a proteção ambiental. O Objetivo 16 foca na construção de instituições eficazes, responsáveis e transparentes, destacando a meta 16.6 para o desenvolvimento de tais instituições em todos os níveis. Para atingir essa meta, é necessário um esforço conjunto de governos, sociedade civil e setor privado, com a participação ativa dos cidadãos no processo decisório.

277 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990). Professora Decana da Área de Direito Constitucional na Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da Pós-Graduação (Direito Político/Direito Eleitoral, Mestrado e Doutorado) e da Graduação (Direito Eleitoral) da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro da Red Internacional de Cátedras, Instituciones y Personalidades sobre el estudio de la Deuda Pública (RICDP). E-mail: adrilaw100@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8283209959095168.

278 Professora efetiva da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) e coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Estudos Constitucionais - NUPEC. Possui pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pró-Reitora Adjunta de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade do Estado de Minas Gerais. Coordenadora de Propriedade Intelectual do Núcleo de Inovação Tecnológica e Transferência de Tecnologia da Universidade do Estado de Minas Gerais (NIT/UEMG). E-mail: christiane.assis@uemg.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2647468267130851.

279 Mestranda em Direito Político na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduada em Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estudos Constitucionais - NUPEC. E-mail: laisbarretob8@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8800981196865001.

Este artigo busca investigar como a *accountability* e a responsividade democráticas são essenciais para um verdadeiro desenvolvimento sustentável. A hipótese central é que a sustentabilidade depende da implementação eficaz desses princípios democráticos. A pesquisa utilizou uma abordagem teórica e hipotético-dedutiva, com análises bibliográfica e documental baseadas na Agenda 2030 e na literatura relevante. Conclui-se que, para cumprir a Agenda 2030, é fundamental não apenas definir metas ambiciosas, mas também garantir a eficácia da *accountability* e responsividade democráticas.

Palavras-chave: *Accountability*; Responsividade; Desenvolvimento Sustentável; Agenda 2030; Participação Popular.

Abstract: In 2015, the UN General Assembly adopted the 2030 Agenda, which sets 17 goals for sustainable development, addressing issues from poverty eradication to environmental protection. Goal 16 focuses on building effective, accountable, and transparent institutions, with Target 16.6 emphasizing the development of such institutions at all levels. Achieving this goal requires a joint effort from governments, civil society, and the private sector, with active citizen participation in decision-making. The article explores how *accountability* and responsiveness are crucial for true sustainable development. The central hypothesis is that sustainability depends on the effective implementation of these democratic principles. The research employed a theoretical and hypothetical-deductive approach, using bibliographic and documentary analysis based on the 2030 Agenda and relevant literature. The conclusion is that, to fulfill the 2030 Agenda, it is essential not only to set ambitious goals but also to ensure the effectiveness of democratic *accountability* and responsiveness.

Keywords: *Accountability*; Responsiveness; Sustainable Development; 2030 Agenda; Public Participation.

1 INTRODUÇÃO

Em 2015, durante a assembleia dos representantes governamentais na sede da Organização das Nações Unidas (ONU), foi elaborada a Agenda 30, documento que delineou 17 objetivos e metas universais de desenvolvimento sustentável, abordando diversos desafios, desde a erradicação da pobreza até a proteção ambiental. O objetivo 16, em particular, focou na construção da paz, justiça e instituições eficazes e, no item 16.6, estabeleceu a meta de desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.

O cumprimento dessa meta exige um compromisso coletivo e contínuo por parte dos governos, da sociedade civil e do setor privado, sendo fundamental envolver ativamente os cidadãos no processo decisório e garantir que suas vozes sejam ouvidas e respeitadas. Assim, compreende-se a convergência entre o desenvolvimento sustentável e a democracia, visto que ambos pressupõem o exercício da cidadania e da participação popular (Prieur, 1988). Entretanto, esse exercício deve ser ativo, ou seja, os cidadãos devem verificar o cumprimento de suas reivindicações, a legitimidade das decisões estatais e devem participar ativamente do processo, promovendo ajustes quando necessário. Nesse sentido, estariam cumprindo com o processo de *accountability*, também essencial à democracia por ser um meio para testar a atuação de agentes políticos perante as demandas sociais.

A *accountability* é uma via dupla que pressupõe ações tanto dos cidadãos, quanto do Estado, que deve possibilitar a transparência e a publicidade de seus atos. Além disso, a responsividade, princípio básico da democracia – e que indica a sua qualidade –, também deve ser observada como forma de estratégia para atingir o desenvolvimento sustentável, especialmente no que dispõe a meta 16.6 da Agenda 30. A responsividade diz respeito a responder, em tempo hábil e eficaz, as demandas dos cidadãos.

Nesse contexto, o trabalho tem como objetivo principal evidenciar a relação entre *accountability* e responsividade democráticas como essenciais para o desenvolvimento verdadeiramente sustentável.

Assim, trabalhou-se com a seguinte hipótese: o desenvolvimento será sustentável somente se houver *accountability* e responsividade democráticas. No aspecto metodológico, adotou-se a pesquisa teórica e o raciocínio científico hipotético-dedutivo, partindo de considerações fundamentais sobre o desenvolvimento sustentável proposto na Agenda 30 para compreender a relação com a *accountability* e com a responsividade democráticas. As técnicas de pesquisas aplicadas foram a bibliográfica e documental, com base na Agenda 30 da ONU e nos trabalhos mais relevantes sobre o tema.

No primeiro capítulo deste artigo, será abordado o conceito de desenvolvimento sustentável, com foco na Agenda 2030 da ONU e nas Metas 16 e 16.6. No segundo capítulo, serão explorados os termos responsividade e *accountability*, detalhando suas definições e pressupostos. Por fim, o terceiro capítulo investigará a relação entre *accountability*, responsividade e o desenvolvimento sustentável conforme proposto pela Agenda 2030.

2 DESAFIOS E INICIATIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: DA CRISE AMBIENTAL ÀS METAS DA AGENDA 2030

Anthony Giddens (2009, p. 10) argumenta que a civilização atual enfrenta um grave risco devido à crise ambiental e climática, e que a ação humana precisa urgentemente reformular seu tratamento do meio ambiente. Ele destaca que o sistema global está próximo de atingir os *"tipping points"* (Giddens, 2009, p. 25), indicando que, sem mudanças significativas, o sistema climático e terrestre pode colapsar, resultando em consequências devastadoras para o planeta e para a humanidade. O relatório de 2018 do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) indica que as ações humanas têm causado um aumento global de cerca de 1,0°C na temperatura média, e se a taxa atual de aquecimento continuar, é provável que alcancemos

1,5º C entre 2030 e 2052 (Allen *et al.,* 2018, p. 4). É possível constatar, desse modo, que se chegou a um limite crítico de degradação.

Diante dessa realidade, é importante desenvolver estratégias que melhorem as condições climáticas e mitiguem os efeitos do aquecimento global e dos danos ambientais. Ações tanto em nível internacional quanto nacional são essenciais para promover o desenvolvimento sustentável e garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Nesse contexto, a Conferência Rio-92, realizada no Brasil em 1992, estabeleceu compromissos e metas para o desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental. Em 2015, o Acordo de Paris marcou uma nova fase na governança ambiental global, com a participação de diversos países, incluindo o Brasil, e o estabelecimento de um compromisso coletivo para o desenvolvimento sustentável (Teixeira, 2021, p. 42).

Para além de documentos que tratem das questões climáticas e ambientais, a Agenda 2030 é um plano global adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em setembro de 2015, projetado para enfrentar desafios e promover o desenvolvimento sustentável de maneira abrangente e integrada. Composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas, a Agenda envolve diversas áreas essenciais, como erradicação da pobreza, promoção da saúde e educação, proteção ambiental e construção de sociedades pacíficas e inclusivas, todas necessárias para o desenvolvimento sustentável.

Além disso, as metas sobre os meios de implementação, que se encontram no Objetivo 17 e em cada ODS, são fundamentais para a concretização da Agenda 2030. A implementação bem-sucedida desses objetivos requer uma parceria global revitalizada para o desenvolvimento sustentável, apoiada por políticas e ações concretas, conforme descrito no documento final da Terceira Conferência Internacional sobre o Financiamento para o Desenvolvimento, realizada em Adis Abeba em julho de 2015. A aprovação da Agenda de Ação de Adis Abeba pela Assembleia Geral é considerada parte

integrante da Agenda 2030, e sua plena implementação é base para a realização dos ODS e suas metas (Nações Unidas, 2015).

Destaca-se o Objetivo 16 da Agenda 2030, que visa promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, garantir o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. Isso inclui a redução significativa da violência e das taxas de mortalidade relacionadas (16.1), a erradicação do abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças (16.2), e a promoção do Estado de Direito e a garantia de igualdade de acesso à justiça (16.3). Ademais, busca reduzir os fluxos financeiros e de armas ilegais e combater todas as formas de crime organizado (16.4), bem como diminuir a corrupção e o suborno (16.5). O objetivo também envolve o desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes (16.6), a garantia de uma tomada de decisão responsiva e inclusiva (16.7), e a ampliação da participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global (16.8). Além disso, visa fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento (16.9), assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais (16.10), fortalecer instituições nacionais para prevenir a violência e combater o terrorismo e o crime (16.a), e promover leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável (16.b) (Nações Unidas, 2015).

Diante disso, evidencia-se o Item 16.6, que estabelece a meta de "desenvolver instituições que sejam eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis" (Nações Unidas, 2015). Isso significa que as instituições devem operar de maneira eficiente, atender às necessidades da população e cumprir seus objetivos de forma adequada. A responsabilidade exige que essas instituições prestem contas sobre suas ações e decisões, garantindo que atuem de forma ética e conforme normas legais. A transparência implica que os processos e decisões das instituições sejam claros e acessíveis ao público, permitindo que a sociedade acompanhe e influencie a gestão pública.

Compreende-se, nesse sentido, ser essencial adotar as práticas de *accountability* e responsividade para, além de cumprir com a meta 16.6, colaborar para o desenvolvimento sustentável. Inclusive, os indicadores globais para esta meta incluem a proporção das despesas primárias do governo em relação ao orçamento aprovado, e a proporção de pessoas satisfeitas com os serviços públicos. Para o Brasil, a proposta de adequação da meta, conforme elaborada pelo IPEA em 2018, envolve a ampliação da transparência, *accountability* e efetividade das instituições em todos os níveis (IPEA, 2018).

A adequação da Meta 16.6 para o Brasil é classificada como uma meta finalística, pois está diretamente relacionada ao alcance do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável específico. A mudança proposta pelo grupo interministerial do ODS 16 substitui o conceito de "responsabilidade das instituições" por "a*ccountability*", uma vez que a tradução original para o português de *"accountable institutions*" como "instituições responsáveis" não captura plenamente o significado do termo. Além disso, a noção de "eficácia" foi substituída por "efetividade", que oferece uma visão mais abrangente e adequada para avaliar o desempenho institucional.

Nesse viés, observa-se que *accountability* democrática envolve uma governança que se baseia em feedback contínuo, aprendizado com a experiência e consentimento informado dos governados (Olsen, 2018). Corolário a isso, a responsividade refere-se à capacidade de responder de forma rápida e eficiente às demandas dos cidadãos. Os referidos termos serão explorados na próxima seção deste artigo.

3 OS PRESSUPOSTOS DA *ACCOUNTABILITY* E RESPONSIVIDADE DEMOCRÁTICAS

O conceito de *accountability* abrange uma ampla gama de interpretações e práticas, incluindo desde sistemas formais de contabilidade até abordagens mais dinâmicas e amplas que consideram as demandas dos cidadãos por explicações e justificativas

das ações políticas. Olsen (2018) considera que a eficácia e legitimidade de um regime dependem tanto de seu desempenho em resolver problemas quanto da adesão a princípios normativos e procedimentos apropriados. Logo, a crescente demanda por *accountability* reflete os limites da aceitação popular e a necessidade de reavaliar e ajustar as ordens políticas para garantir que sejam percebidas como legítimas e eficazes.

Nesse viés, a *accountability* democrática é fundamental para a governança, exigindo que os representantes eleitos e funcionários públicos prestem contas verdadeiras ao público, garantindo transparência e consistência entre ações e justificativas. Embora os cidadãos não sejam responsáveis pela criação de leis ou orçamentos, eles têm o direito e a capacidade de exigir responsabilidade dos governantes. Em democracias funcionais, os governantes devem justificar suas ações e enfrentar consequências caso não cumpram com suas obrigações, pois o poder sem prestação de contas é considerado ilegítimo. Para Olsen (2018), a *accountability* é essencial para evitar déficits democráticos e manter a legitimidade política. Desse modo, o conceito de *accountability* abrange tanto a necessidade de comunicação honesta e explicativa quanto o controle formal sobre o comportamento dos agentes (Olsen, 2018).

Ainda de acordo com a perspectiva de Johan P. Olsen (2018), os processos de *accountability* oferecem oportunidades para reavaliar e discutir diferentes perspectivas sobre normas, autoridade e responsabilidade. Eles permitem a validação de verdades e reivindicações morais, estimulando debates e justificativas que podem influenciar a confiança dos cidadãos nas instituições. Através desses processos, há um espaço para examinar e potencialmente reformular visões de mundo e estruturas de poder, refletindo a dinâmica da luta política e a necessidade de argumentos sólidos. Nesse sentido, considera-se que a *accountability* representa um efeito positivo para a democracia quando:

> [...] contribuem para melhorar a comunicação e a qualidade epistemológica, apoiar padrões democráticos e critérios de avaliação, contribuir para a igualdade política e ajudar os cidadãos a encontrar juntos o sentido na vida através de reflexão e raciocínio, possivelmente internalizando um ethos de democracia cívica (Olsen, 2018, p. 77).

Ainda, considera-se a *accountability* social, que aduz às iniciativas de Organizações Não-Governamentais (ONGs), movimentos sociais e associações independentes que visam aumentar a transparência e a responsabilidade governamental. Esses grupos buscam complementar os tradicionais mecanismos de controle, como as eleições e os processos jurídicos, com novas abordagens para supervisionar o comportamento estatal (Campos; Assis, 2020).

Assim, a *accountability* democrática é uma via dupla que exige comportamentos responsáveis tanto do Estado quanto dos cidadãos (Campos; Assis, 2020). A *accountability* é composta por duas dimensões principais: "*answerability*" e "*enforcement*". A primeira refere-se à obrigação dos funcionários públicos e políticos de fornecer informações e justificativas públicas sobre suas decisões. A segunda envolve a capacidade de impor sanções para violações ou descumprimentos, além de recompensar a boa gestão (Campos; Assis, 2020).

A *accountability* não é apenas uma questão formal – é, na verdade, essencial para assegurar a conexão entre representantes e representados e reforçar a norma democrática. Nesse contexto, Olsen (2018) entende que a *accountability* democrática demanda o engajamento dos cidadãos, especialmente em tempos de crise de confiança no governo, resultando em um aumento nas demandas por responsabilidade. A *accountability* democrática vai além da simples fiscalização de leis orçamentárias e responsabilidades fiscais. Desse modo, ela deve garantir que:

> que os cidadãos verifiquem o atendimento de suas reivindicações, a legitimidade das decisões estatais e que promovam ajustes e participem do processo, se convertendo em coautores e destinatários das decisões (Campos; Assis, 2020, p. 265).

Dessa maneira, mesmo se representantes violarem promessas, seu desempenho geral é avaliado nas eleições, o que pode influenciar sua reeleição. Na percepção de Andrew Arato (2002, p. 98), "a pré-condição mais importante para que um sistema de *accountability* realmente funcione é a atividade dos cidadãos nos fóruns públicos democráticos e na sociedade civil". Assim, a existência de uma oposição crítica e uma esfera pública ativa são fundamentais para garantir que os representantes sejam responsabilizados por suas ações e decisões, promovendo uma verdadeira democracia (Arato, 2002).

A *accountability* é, portanto, voltada para a responsabilização e para a transparência. Assim, como uma outra medida de garantir que as demandas dos cidadãos sejam atendidas, a responsividade trata, de modo geral, de como bem o governo ajusta suas políticas às necessidades e desejos da população. Assim, a responsividade é, segundo Lauth (2013), um princípio fundamental da democracia. Para Luiza Franklin, Marco Ferreira e Ana Paula Campos (2023, p. 03), a "responsividade trata-se de um princípio fundamental da governança democrática, em que o Estado é visto como um agente responsável por atender às necessidades e garantir a participação e o bem-estar dos cidadãos".

A responsividade, nesse sentido, é frequentemente associada à qualidade da democracia e à sua possível regressão, evidenciada por queixas comuns sobre a falta de atenção dos políticos às preferências dos cidadãos (Lauth, 2013). Logo, resta evidente que a responsividade não é meramente uma resposta do Estado às demandas do cidadão. Para além disso, ela pode ser considerada como a qualidade de resposta aos cidadãos.

Nesse sentido, Morlino (2015) discute como a responsividade é essencial para a qualidade da democracia. Ele argumenta que a capacidade de um sistema democrático de responder às preferências dos cidadãos é um indicador crucial da sua eficácia. Segundo Morlino, uma democracia que não atende adequadamente às demandas dos seus cidadãos enfrenta problemas de legitimidade e eficácia. Assim, a responsividade não é apenas uma característica desejável, mas uma condição necessária para a saúde democrática.

Morlino (2015) também destaca a importância da *accountability* na avaliação da qualidade democrática. Ele sugere que, para que a democracia funcione bem, os governantes precisam ser responsáveis pelas suas ações e decisões, o que implica em uma relação transparente e justa entre eles e os cidadãos. A *accountability*, portanto, complementa a responsividade ao garantir que os líderes estejam atentos e respondam às necessidades e preferências dos eleitores, mantendo a integridade do sistema democrático.

Ainda na perspectiva de Morlino (2015), existem pelo menos dois tipos principais de limitações objetivas à responsividade. Primeiramente, os líderes eleitos nem sempre estão dispostos a entender e responder às opiniões e necessidades dos cidadãos. Em muitos casos, eles buscam maximizar sua própria autonomia e moldar a percepção pública sobre quais são os problemas mais importantes. Políticos podem explorar a complexidade dos problemas e as mudanças nas prioridades políticas ao longo de um mandato legislativo, que geralmente dura quatro ou cinco anos.

A segunda limitação está relacionada aos recursos disponíveis para o governo atender às demandas da população. Mesmo os países mais ricos enfrentam restrições orçamentárias e recursos limitados que afetam sua capacidade de ser responsivo. Problemas persistentes e complexos como o desemprego e a imigração, por exemplo, são casos em que se percebe a grande dificuldade de encontrar soluções satisfatórias e legítimas nas democracias contemporâneas. Essas condições frequentemente resultam em descontentamento,

insatisfação e mal-estar democrático geral, que podem enfraquecer a legitimidade dos sistemas democráticos (Morlino, 2015).

Assim, é possível compreender que, juntas, a *accountability e* a responsividade formam a base de uma governança que busca alinhar as decisões políticas com os interesses da população, promovendo uma democracia inclusiva e participativa. Nesse sentido, os termos "*accountability*" e "responsividade" serão trabalhados na próxima seção aplicados ao desenvolvimento sustentável disposto pela ODS 16.6.

4 *ACCOUNTABILITY* E RESPONSIVIDADE DEMOCRÁTICAS COMO PILARES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: PERSPECTIVAS DO OBJETIVO 16.6 DA AGENDA 2030

É importante destacar a ideia de cidadania ambiental, que parte do pressuposto de que, como proposto pelo art. 225 da CRFB/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), a proteção ambiental não é uma tarefa incumbida somente ao Estado, mas também à população. Isso para se garantir uma justiça intergeracional, que permite condições ambientais dignas para a presente e para as futuras gerações (Sampaio, 2016). O Estado Socioambiental de Direito necessita da participação popular para que alcance seus objetivos e, para Prieur (1993), a ação dos cidadãos é elemento fundamental para a continuação das políticas públicas e do desenvolvimento sustentável.

Para se ter uma participação popular nas decisões, é necessário, também, que se promova informação. Na temática ambiental, a Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, no princípio 10, estabelece que quando há participação popular nas discussões ambientais a temática ambiental é melhor aplicada e tratada. Logo, o acesso efetivo à informação ambiental deve ser provido pelo Estado (United Nations, 1992).

Para Alexandre Bossi e Ana Fialho,

> A preocupação com a transparência pública é como um compromisso para o desenvolvimento sustentável, pois, mesmo considerando que a temática da participação cidadã e da responsabilidade governamental são inerentes aos regimes democráticos, a opacidade nas decisões inerentes à gestão pública predomina em muitos países democráticos (Bossi; Fialho, 2021, p. 95).

Assim, a observação de Bossi e Fialho destaca um paradoxo importante: apesar de a transparência e a participação cidadã serem pilares fundamentais das democracias, a realidade é que muitos países democráticos ainda enfrentam desafios significativos na aplicação dessas práticas, como o Brasil. A opacidade nas decisões de gestão pública compromete não apenas a confiança dos cidadãos, mas também o próprio desenvolvimento sustentável, que depende de uma governança aberta e responsável.

Nesse viés, o compromisso com a transparência pública deve ser visto como uma obrigação essencial para assegurar que as políticas e ações governamentais estejam alinhadas com os princípios do desenvolvimento sustentável. Assim, ainda na perspectiva de Bossi e Fialho (2021), a construção de sociedades justas e inclusivas depende da transparência pública, que, em um sentido mais amplo, está intimamente conectada ao conceito de *accountability*. Esse conceito deve guiar e fundamentar o processo de geração de informações na administração pública.

Assim, a defesa da *accountability* "pressupõe um esforço pela credibilidade pública, pela confiança, pela democratização da informação, por um maior acesso, participação" (Bossi; Fialho, 2021, p. 104). Quando se relaciona isso ao conceito de responsividade, observa-se que o desenvolvimento sustentável exige não apenas a prestação de contas, mas também uma resposta ativa e eficiente às demandas e necessidades da população. Responsividade significa que as instituições não apenas informam, mas também agem de forma

ágil e adequada, promovendo políticas que atendam aos desafios econômicos, sociais e ambientais de forma integrada e sustentável.

Desse modo, é importante investigar como a meta 16.6 está sendo implantada no Brasil. Assim, o IPEA analisou o progresso da Meta 16.6 no Brasil e, em 2024, divulgou um relatório sobre a temática. A análise do indicador 16.6.1 mostrou que, entre 2016 e 2022, houve mudanças significativas na política fiscal, dificultando a comparação de dados ao longo do tempo. Em particular, a Emenda Constitucional 95, a crise da COVID-19, e a Emenda Constitucional 126 afetaram a capacidade de avaliar o progresso de forma consistente. A maior parte do orçamento federal foi destinada ao pagamento da dívida pública, limitando as despesas primárias e indicando um retrocesso em termos de progresso (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2024).

O segundo indicador da Meta 16.6, identificado como 16.6.2, mede a proporção da população satisfeita com a última experiência com serviços públicos. Esse indicador avalia o grau de eficácia, responsabilidade e transparência das instituições públicas a partir da perspectiva dos cidadãos, medindo diretamente a satisfação dos usuários com os serviços prestados. Embora o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ainda não tenha produzido dados completos sobre esse indicador, há informações parciais disponíveis através do Painel de Monitoramento de Serviços Federais. Esses dados apontam uma leve melhora na satisfação dos usuários com os serviços públicos que foram digitalizados, ou seja, aqueles que podem ser acessados e utilizados online. Em fevereiro de 2024, o índice de qualidade desses serviços alcançou 4,41 pontos em uma escala de 5, mostrando um progresso em comparação com os anos anteriores (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2024).

Por outro lado, ainda de acordo com o relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2024), a análise completa do indicador é limitada pela falta de dados sobre os serviços públicos oferecidos presencialmente e sobre aqueles prestados por estados e municípios, que geralmente têm um contato mais direto com a população. Isso significa que, embora a digitalização esteja facilitando

o acesso e aprimorando a prestação de serviços em muitos casos, ela não abrange todas as necessidades e realidades da população. Em especial, as pessoas que enfrentam barreiras tecnológicas – como falta de acesso à internet ou dificuldades para utilizar ferramentas digitais – podem não estar sendo adequadamente atendidas. Portanto, é necessário ter cautela ao avaliar o progresso com base nesse indicador, reconhecendo que ele pode não refletir a experiência de todos os cidadãos, especialmente os mais vulneráveis ou aqueles que dependem de serviços presenciais.

Assim, é possível perceber que a análise da Meta 16.6 da Agenda 2030 no Brasil evidencia a importância fundamental de *accountability* e responsividade democráticas como pilares do desenvolvimento sustentável. A transparência pública emerge como um compromisso essencial, pois, mesmo em democracias estabelecidas, a opacidade na gestão pública continua sendo um desafio significativo que compromete a confiança dos cidadãos e o avanço de políticas sustentáveis. A promoção de uma cidadania ambiental ativa, aliada à transparência e à responsividade, é essencial para garantir uma justiça intergeracional e a preservação de condições ambientais dignas para as gerações presentes e futuras.

Além disso, o referido relatório do IPEA sobre o progresso da Meta 16.6 destaca os obstáculos enfrentados devido às mudanças no arcabouço fiscal e à limitada comparabilidade de dados, além de ressaltar as restrições orçamentárias impostas pelo alto comprometimento com a dívida pública. Embora haja sinais de progresso na satisfação dos cidadãos com serviços públicos digitalizados, a ausência de dados sobre serviços presenciais e a exclusão de populações vulneráveis das melhorias tecnológicas evidenciam a necessidade de continuar as pesquisas sobre a temática.

Dessa maneira, entende-se que o objetivo 16.6 da Agenda 2030, que trata do fortalecimento de instituições transparentes, responsáveis e eficazes, coloca a *accountability* e a responsividade democráticas como pilares essenciais para o desenvolvimento sustentável. Essas práticas, quando efetivamente aplicadas, promovem uma governança

que responde às demandas sociais e econômicas de maneira integrada, transparente e inclusiva. A *accountability* envolve a prestação de contas e o comprometimento dos governos em explicar e justificar suas ações à população, o que fortalece a confiança pública e a legitimidade das instituições.

Por outro lado, a responsividade é a capacidade das instituições de responder prontamente às demandas da sociedade, o que vai além da mera prestação de contas. Ela envolve ações ágeis e adequadas que atendam aos desafios impostos, principalmente no contexto do desenvolvimento sustentável, como questões ambientais, econômicas e sociais. Esse conceito conecta-se diretamente à cidadania ambiental, defendida pela Constituição Brasileira de 1988, que destaca a responsabilidade conjunta do Estado e da sociedade na preservação do meio ambiente

Para que o Brasil avance de forma significativa rumo ao cumprimento dos objetivos estabelecidos pela Agenda 2030, é imprescindível fortalecer mecanismos de *accountability* e responsividade, garantindo que as políticas públicas sejam não apenas transparentes, mas também eficazes e inclusivas, respondendo às necessidades reais da população em todos os níveis. A implementação plena do Objetivo 16.6 no Brasil exige, dessa forma, o seguinte conjunto: a ampliação do acesso à informação, em conjunto com a *accountability* e com a responsividade democráticas.

5 CONCLUSÃO

O artigo buscou evidenciar estreita relação entre *accountability* e responsividade democráticas e o desenvolvimento sustentável, conforme delineado pelo Objetivo 16.6 da Agenda 2030. Entendeu-se que o desenvolvimento sustentável vai além das metas ambientais e econômicas, pois necessita também de instituições eficazes, responsáveis e transparentes.

O Objetivo 16.6, que busca criar instituições públicas que sejam tanto responsáveis quanto transparentes, revela-se essencial para garantir a implementação efetiva das políticas e a promoção de uma governança sustentável. A prática da *accountability* permite que os cidadãos exijam justificativas e transparência dos governantes, enquanto a responsividade assegura que as políticas públicas respondam de maneira eficiente às necessidades da população. Esses princípios são fundamentais para fortalecer a confiança pública e garantir que as ações governamentais estejam alinhadas com os princípios do desenvolvimento sustentável.

A análise do progresso da Meta 16.6 no Brasil, conforme relatado pelo IPEA, mostra tanto avanços quanto desafios. Embora haja melhorias na satisfação com os serviços públicos digitalizados, a persistente falta de dados e a exclusão de certas populações indicam que ainda há muito a ser feito. Para alcançar os objetivos da Agenda 2030, é fundamental reforçar a transparência, a responsabilidade e a capacidade de resposta das instituições, garantindo que todas as partes da sociedade sejam atendidas e que o desenvolvimento sustentável seja promovido de maneira inclusiva e equitativa.

Dessa maneira, para que o desenvolvimento sustentável seja verdadeiramente alcançado, é imprescindível que a governança seja marcada pela *accountability* e pela responsividade eficaz, que assegurem a participação ativa dos cidadãos e a gestão pública eficiente e transparente. Para a construção de uma sociedade mais justa e sustentável para as presentes e futuras gerações e para cumprir com o estabelecido na meta 16.6, é imprescindível a aplicação democrática da *accountability* e da responsividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular, e *accountability*. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 85-103, 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ln/a/VpWCp39q68qHYsRdzkC77Qk/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jul. 2024.

FRANKLIN, Luiza Amalia Soares; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; CAMPOS, Ana Paula Teixeira de. Responsividade e comunicação parlamentar: uma investigação sobre os deputados federais brasileiros. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 42, 2023. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/Bvw7jqCRJ69dSH8NmGGLdYc/. Acesso em: 10 jul. 2024.

GIDDENS, Anthony. **The politics of climate change**. Cambridge: Polity Press, 2009. **juridique de l'Environnement**, v. 13, n. 4, p. 397-417, 1988.

LAUTH, Hans-Joachim. Critérios Básicos para a Democracia: É a responsividade parte de seu círculo íntimo?. **Revista Debates**, v. 7, n. 1, p. 115-115, 2013.

MORLINO, Leonardo. Qualidades da democracia: como analisá-las. **Sociedade e cultura**, v. 18, n. 2, p. 177-194, 2015. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/703/70346854015.pdf. Acesso em: 15 jul. 2024.

OLSEN, Johan P. ***Accountability* democrática, ordem política e mudança**. Brasília: Enap, 2018.

PRIEUR, Michel. Démocratie et droit de l'environnement et du développement. **Revue juridique de l'Environnement**, v. 18, n. 1, p. 23-30, 1993. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_1993_num_18_1_2922. Acesso em: 22 jun. 2024.

QUEIROZ, Alexandre Bossi; FIALHO, Ana. *Accountability* e transparência na administração pública no Brasil e o ODS 16: desenvolvimentos recentes e perspectivas futuras. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 23, n. 40, p. 82-112, 2021. Disponível em: https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/cadernos-ele/article/view/415. Acesso em: 29 jul. 2024.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 11, p. 149-176, 2016. Disponível em: http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2015.v1i11.3445. Acesso em: 01 jul. 2024.

SILVA, Adriana Campos; ASSIS, Christiane Costa. *Accountability* democrática em Direitos Humanos. **Prim@ Facie**, v. 19, n. 41, p. 257-277, 2020. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/47739/30439. Acesso em: 10 ago. 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Agenda 2030:** objetivos de desenvolvimento sustentável: avaliação do progresso das principais metas globais para o Brasil: ODS 16: promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. Brasília: Ipea, 2024. 20 p. (Cadernos ODS, 16). DOI: http://dx.doi.org/10.38116/ ri2024ODS16.

TEIXEIRA, Isabella. A audiência pública no STF sobre o Fundo Clima. *In*: BORGES, Caio; VASQUES, Pedro Henrique (org.). **STF e as mudanças climáticas**: contribuições para o debate sobre o Fundo Clima (ADPF 708). Rio de Janeiro: Telha, 2021. cap. 01, p. 35-43.

UNITED NATIONS. **Rio Declaration on Environment and Development**. Rio de Janeiro, 1992.