

Revista

# JURIDICIDADE CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA



**UERN**

V. 1. No. 1.  
Jan./Maio de 2023





### **Editor-Chefe**

Prof. Dr. Emanuel de Melo Ferreira (UERN-Mossoró)

### **Editora-Adjunta**

Profa. Me. Cíntia Sousa de Freitas (UERN-Mossoró)

### **Conselho Editorial**

Profa. Dra. Ana Mônica Anselmo de Amorim (UERN)  
Profa. Dra. Ana Mônica Medeiros Ferreira (UERN)  
Profa. Dra. Denise dos Santos Vasconcelos Silva (UERN)  
Profa. Me. Cintia Sousa de Freitas (UERN)  
Prof. Dr. Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade (UERN)  
Prof. Dr. Emanuel de Melo Ferreira (UERN)  
Prof. Dr. Lauro Gurgel de Brito (UERN)  
Prof. Dr. Marcus Túllius Leite Fernandes dos Santos (UERN)  
Prof. Dr. Osmar Veronese (URI/RS)  
Prof. Dr. Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG)  
Prof. Dr. Conrado Hubner Mendes (USP)  
Profa. Dra. Denise Neves Abade (Mackenzie/SP)  
Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho (UnB)  
Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa (UFLA)  
Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (UFC)  
Prof. Dr. Saulo Matos (UFPA)  
Prof. Dr. Fábio da Silva Veiga (Universidade Lusófona - Portugal)  
Prof. Dr. Djalma Alvarez Brochado Neto (Unichristus - Ceará)  
Profa. Doutoranda Rosângela Viana Zuza Medeiros (UFPR)

---

### **Ficha catalográfica**

Revista Juridicidade Constitucional e Democracia. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Vol. 1. No. 1. (jan./maio de 2023). Mossoró, 2023.  
Semestral.  
Foto da capa: Pedro França (Agência Senado).

---



### **Pareceristas desta edição**

Adriana Reis de Albuquerque (UFC) Fortaleza, CE, Brasil  
Luís de Camões Lima Boaventura (UnB) Brasília, DF, Brasil  
Cíntia Sousa de Freitas (UERN), Mossoró, RN, Brasil  
Clédina Fernandes (UERN), Mossoró, RN, Brasil  
Edilson Santana Gonçalves Filho (UFC) Fortaleza, CE, Brasil  
Ela Wiecko Volkmer de Castilho, (UnB) Brasília, DF, Brasil  
Francisco Tarcísio Rocha Gomes Junior (UFC) Fortaleza, CE, Brasil  
Lauro Gurgel de Brito (UERN), Mossoró, RN, Brasil  
Nathalia Brito de Carvalho (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil  
Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira (UFG), Goiânia, GO, Brasil  
Osmar Veronese (URI), Santo Ângelo, RS, Brasil  
Paulo Thadeu Gomes da Silva (PUC), São Paulo, SP, Brasil  
Berto Igor Caballero (IDP), Brasília, DF, Brasil  
Ulisses Levy Silvério dos Reis (UFERSA), Mossoró, RN, Brasil  
Walter Claudius Rothenburg (CEUB) Bauru, SP, Brasil  
Júlio José Araújo Júnior (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Leonardo Gomes Penteado Rosa (UFLA), Lavras, MG, Brasil  
Rosângela Viana Zuza Medeiros, (UFPR), Curitiba, PR, Brasil  
Humberto Fernandes, (UERN), Mossoró, RN, Brasil



## NOTA EDITORIAL

Caros leitores,

É com grande satisfação que a Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) em Mossoró anuncia a publicação do primeiro número da Revista Juridicidade Constitucional e Democracia (RJCD), periódico voltado para pesquisas teóricas e estudos de caso relacionados aos diversos aspectos do processo de erosão constitucional, respectivos impactos nos direitos humanos e na própria democracia. Os desafios em torno da criação de uma nova revista são significativos, mas a vontade em auxiliar no desenvolvimento da pesquisa jurídica no Rio Grande do Norte e no Brasil como um todo superou os obstáculos, sendo a presente data motivo de muita alegria.

Desde a idealização deste projeto em 2022, a RJCD contou com o apoio de professores de todo o Brasil, os quais, gentilmente, aceitaram compor o Conselho Editorial, auxiliando na emissão de pareceres, divulgação e submissão de textos. Tal espírito colaborativo tornou possível a publicação dos 10 artigos que inauguram a revista jurídica da UERN, os quais compõem âmbitos teóricos voltados para a metodologia de pesquisa em torno de estudos de caso, as diversas dimensões da liberdade de expressão e da solidariedade, a legitimidade do controle de constitucionalidade ou o papel da Defensoria Pública na tutela coletiva dos direitos. O pretendido enfoque prático e mais localizado em torno da difusão de práticas autoritárias corrosivas da Constituição começa a ser desenvolvido pelo periódico a partir de estudos de caso acerca da eficácia do Estado de Coisas Inconstitucional, dos impactos do trabalho escravo na Amazônia e da intervenção judicial na autonomia universitária da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, a qual restou proibida de oferecer Curso de Extensão sobre o Golpe de 2016. Este olhar para fatos mais localizados, normalmente invisibilizados, é essencial para a compreensão mais profunda do processo de erosão da democracia.

Buscando iniciar um diálogo também a nível internacional, a RJCD ainda conta com a publicação da tradução do artigo *Constitutional Markers of Authoritarianism*, do Professor Gábor Attila Tóth, da Universidade Humboldt, Berlim, Alemanha, o qual, atenciosamente, confiou na proposta efetivada. Os demais autores, Rafael Lamera Giesta Cabral, Ulisses Levy Silvério dos Reis, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Clarissa Aguilar Magalhães, Sophia Galbas



## NOTA EDITORIAL

Rezende, Edilson Santana Gonçalves Filho, Marcelo Alves Dias de Souza, Myrlla Arielle Fernandes Sampaio de Melo, Osmar Veronese, Andressa Laste, Paulo Thadeu Gomes da Silva, Walter Claudius Rothenburg e este editor-chefe tiveram os respectivos textos avaliados de maneira cega e dupla por pares, alcançando-se considerável padrão de exogenia entre pareceristas e autores com elevada titulação acadêmica.

A busca por aliar teoria e prática, com rigor metodológico em prol da produção de conhecimento jurídico capaz de auxiliar na luta pela manutenção da Constituição de 1988 passa pelo diálogo entre os pesquisadores da academia e pesquisadores que também são profissionais jurídicos, ainda mais no contexto golpista vivenciado no Brasil após os eventos de 08 de janeiro de 2023. Acredita-se que o aprendizado mútuo entre acadêmicos e demais juristas pode render bons frutos, sendo esta uma das características da RJCD, a qual congregou textos de pesquisadores com dedicação exclusiva e advogados, defensores públicos, juízes e procuradores da República.

Faz-se um agradecimento à Professora Cíntia Sousa de Freitas a qual, na condição de Editora-Adjunta, auxiliou nos trabalhos, designando pareceristas e submetendo textos. Além disso, toda a equipe da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da UERN mostrou-se atenciosa e disposta a contribuir para o sucesso da presente publicação, merecendo, igualmente, a devida congratulação. Finalmente, a aluna Thifany Kaliny foi a responsável pela bela arte na revista, tornando a leitura aprazível, enquanto os alunos Pedro Hamilton e Maria Eloiza Holanda Paiva auxiliaram na revisão de textos.

Mantendo o compromisso com a continuidade e constante aprimoramento do periódico, desejamos uma excelente leitura a todos os interessados.

Mossoró, junho de 2023.

**Prof. Dr. Emanuel de Melo Ferreira**  
**Editor-Chefe**





# REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

## REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

Rafael Lamera Giesta Cabral<sup>1</sup>  
Ulisses Levy Silvério dos Reis<sup>2</sup>

### Resumo

Autonomia universitária é o princípio que garante às universidades e instituições de ensino superior a liberdade de gerir suas próprias atividades acadêmicas, administrativas e financeiras, sem interferência externa indevida. Nos últimos anos, em decorrência da polarização política, a autonomia universitária foi atacada em diversas ocasiões, inclusive por meio de decisões judiciais. O objetivo desse artigo é problematizar a autonomia universitária a partir da metodologia de um estudo de caso entre a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e o Poder Judiciário da Comarca de Paranaíba, que no período de 2018 a 2020, impediu a oferta do Curso de Extensão sobre o Golpe de 2016. A suspensão ocorreu porque o juízo entendeu que o curso a ser ofertado não incorporava em sua bibliografia textos favoráveis ao processo de impeachment. Em que pese a oferta do curso ter sido admitida no final de 2020, os usos do aparato judicial para interferir na liberdade de ensinar e de aprender ainda se manteve até o ano de 2023, quando o processo foi encerrado.

**Palavras-chave:** Autonomia; Universidade; Golpe 2016; Judiciário.

### Abstract

Academic autonomy is the principle that guarantees universities and institutions of higher education the freedom to manage their own academic, administrative, and financial activities without undue external interference. In recent years, due to political polarization, academic autonomy has been attacked on numerous occasions, including through judicial decisions. The aim of this article is to problematize academic autonomy through a case study methodology focusing on the University of Mato Grosso do Sul and the Judicial Power of the Paranaíba County, which, between 2018 and 2020, prevented the offering of an Extension Course on the 2016 Coup. The suspension occurred because the judge believed that the course did not incorporate texts favorable to the impeachment process in its bibliography. Despite the course being offered at the end of 2020, the use of judicial apparatus to interfere with the freedom to teach and learn still persisted until 2023, when the process was finally closed.

**Keywords:** Autonomy; University; 2016 Coup; Judiciary.

\*Este texto é fruto de uma conferência, revisada e ampliada para esta versão com coautoria, apresentada no I Seminário “História e Constituição” Protagonismo judicial e cultura constitucional no Brasil contemporâneo, realizado em 22 de junho de 2018, na Escola Superior da Advocacia – ESA da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio Grande do Sul – OAB/RS, em Porto Alegre-RS. Na versão original, a análise contemplava três decisões judiciais.

<sup>1</sup> Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB (2016). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCar (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2007). Professor Visitante, em Estágio Pós-Doutoral, na Faculté de Droit - Université de Montréal, Canada (2021-2022). Atualmente, é professor adjunto no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (Mestrado Acadêmico) da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

<sup>2</sup> Professor Adjunto C-2 do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (Ufersa). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Realizou estágio pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/UFGM). Diretor do Laboratório de Métodos Quantitativos em Direito (MQD-Lab).



## **1 INTRODUÇÃO**

A atual conjuntura política tem colocado na ordem do dia a atuação do Poder Judiciário e as dificuldades que a Constituição tem enfrentado para dialogar com as estruturas do mundo da política e do direito. Desde a transição do Estado autoritário para o Estado Democrático perfilado pela Constituição Federal de 1988, uma série de reformas institucionais foram implantadas na relação entre os três poderes. Os Poderes Executivo e Legislativo foram os primeiros a enfrentar esses desafios. Por outro lado, não é possível identificar no Poder Judiciário reformas que possam ser significativas em termos estruturais<sup>3</sup>, principalmente pelo movimento protagonismo que este ente alcançou nos últimos anos.

O cenário que se observa é o de que as reformas substanciais na atuação do Poder Judiciário ocorreram ainda sob os auspícios da Ditadura Militar de 1964-1985. Dado o nível de concertação política outrora existente entre os membros do Judiciário e os agentes militares, os integrantes do primeiro preservaram as suas atribuições e responsabilidades mesmo na transição para os tempos democráticos.

Na transição lenta, gradual e segura, implantada pela Ditadura na década de 1970, o Poder Judiciário antecipou-se e acabou garantindo uma série de autobenefícios, em forma de regulamento ou reforma da carreira, que pode ser considerada até o presente como uma experiência incompatível com a realidade nacional. Trata-se aqui da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), promulgada por meio da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Como se sabe, a LOMAN teve origem no Poder Executivo, mas foi configurada em ampla discussão com os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), os quais, à época, haviam sido nomeados pelo governo de exceção.

Com a Constituição de 1988 e a consequente recepção da LOMAN, o Poder Judiciário forjou um espaço de dupla legitimidade: ao mesmo tempo em que foi projetado como um guardião da Constituição, ampliou sua esfera de competência constitucional, mas sem promover

---

<sup>3</sup> Os autores não ignoram o projeto de reforma do Poder Judiciário implantado em 2004, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45. No entanto, a expectativa de transparência e abertura que se esperava acabou por fomentar um movimento de reforma vigiada em um nível de concertação tão alto que, atualmente, tem imposto ao país um movimento de instabilidade frente aos usos sem controle da Constituição, com decisões casuísticas.



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

reformas em seus quadros.<sup>4</sup> A partir de 1988, a elaboração da Lei Orgânica da Magistratura passou a ser de responsabilidade privativa dos ministros do STF e, desde 2015, os ministros trabalham em um anteprojeto para um novo Estatuto da Magistratura.

O projeto, como registra Rezende (2015), prevê um aumento de prerrogativas e benefícios dos magistrados, com aumento de gastos do Judiciário, polêmicas com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e com os juízes de primeira instância, por não terem sido incluídos em votações para presidentes de tribunais, e há propostas de auxílios-educação para filhos com até 24 anos de juízes, desembargadores e ministros; auxílio moradia equivalente a 20% do salário; auxílio transporte; licenças para estudar no exterior com remuneração extra e até mesmo o reconhecimento de que, se houver feriados nos sessenta dias de férias a que os juízes têm direito a gozar por ano, estes não deverão ser contabilizados, oportunidade em que o período de folga seria prolongado na mesma quantidade de dias.

Há alguns anos, a saga judicial para incorporar o auxílio-moradia mensal de R\$ 4.200,00 aos magistrados atingiu um efeito tragicômico de verdadeira chicana jurídica, de lavra de um ministro do STF, ao determinar que o caso deveria ser discutido em uma Câmara de Conciliação, a ser instalada pela Advocacia-Geral da União.<sup>5</sup> Por outro lado, essa estratégia utilizada pelo STF está diretamente ligada a um outro movimento – tampouco republicano – que atinge diretamente os interesses dos procuradores da União ao recebimento dos honorários de sucumbência em que atuaram, mas que, dado os limites deste trabalho, não serão aqui tratados.

Como se pode observar, a chamada Reforma do Poder Judiciário – efetivada por intermédio da Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004 –, não foi capaz de trazer a instituição para a realidade nacional e, ao que parece, acabou por afastá-la – progressivamente – de uma leitura constitucional capaz de impor contenção aos abusos judiciais, tornando-se, em uma experiência limite, mais um jogador poderoso (com capacidade de cooptação) nas relações dos três poderes.

Esse cenário reflete apenas um dos aspectos que compõem a ordem do dia na relação

<sup>4</sup> Até 2003, ainda havia ministros do STF nomeados pelo último ditador, João Baptista de Oliveira Figueiredo.

<sup>5</sup> Para maiores detalhes, ver a reportagem de Pompeu (2018) e Moraes; Cabral (2021).





## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

estabelecida entre Poder Judiciário, Constituição, Direito e Política. Poderíamos ainda citar a decisão do Supremo no caso em que excluiu o Presidente do Congresso Nacional, senador Renan Calheiros, em 2016, da linha de sucessão (BRASIL, 2016)<sup>6</sup>; os conflitos entre Judiciário e Legislativo no caso da Vaquejada<sup>7</sup>; e até mesmo a decisão de um juiz de primeira instância da Justiça Federal em Brasília que determinou ao Presidente do Senado, Eunício de Oliveira, a abertura de uma CPMI para apurar a dívida pública brasileira.<sup>8</sup>

Os exemplos são abundantes e ocorrem em todas as instâncias judiciais. No entanto, para este momento, escolhemos um caso cuja repercussão não alcançou as principais páginas da imprensa nacional. Trata-se de uma decisão lançada por um juiz estadual de primeira instância, localizada no interior do Estado de Mato Grosso do Sul, que concedeu uma liminar para impedir que uma Universidade Pública ofertasse um curso de extensão em que se fazia referência ao processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, em 2016.

O caso traz à tona um novo movimento em que o Poder Judiciário avoca competências de um típico Tribunal da História, numa tentativa de estabelecer limites metodológicos “potencialmente” adequados para a pesquisa acadêmica (inclusive para a história do tempo presente), bem como em encampar aquilo que deveria ser considerada uma narrativa incontroversa sobre os fatos passados. Em um olhar retrospectivo, o Supremo Tribunal Federal já teve atuações nesse sentido, tanto no Caso Ellwanger (HC n. 82.424), que negou *habeas corpus* a um editor de livros condenado por racismo em Porto Alegre, quanto, mais recentemente, analisou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153,

<sup>6</sup> Um dos destaques dessa decisão foi a manutenção do mandato e do cargo de Presidente do Senado Federal de Renan Calheiros.

<sup>7</sup> Em outubro de 2016, o STF derrubou uma lei do Estado do Ceará que regulamentava a prática da Vaquejada (situação em que um boi é solto em uma pista e vaqueiros, montados em cavalos, tentam derrubar o animal pelo rabo), por entender que a atividade feria os princípios constitucionais de preservação do meio ambiente ao impor sofrimentos aos animais. Um mês depois da decisão, o Congresso Nacional aprovou uma lei, sancionada por Michel Temer ainda em novembro de 2016, em que não seriam consideradas cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. Em 6 de junho de 2017, uma Emenda à Constituição (n. 96) acrescentou o parágrafo sétimo ao art. 225 para permitir práticas como vaquejada e rodeios com conteúdo de patrimônio cultural brasileiro, preservando-se o bem-estar dos animais envolvidos.

<sup>8</sup> Com uma subchamada curiosa, intitulada “Faísca entre Poderes”, a Revista Consultor Jurídico trouxe em destaque que o TRF-1 havia cassado, em 5 de junho de 2018, a decisão judicial que obrigava o Congresso a criar uma CPMI da dívida Pública. O Juiz Waldemar de Carvalho, da 14ª Vara Federal de Brasília, havia dado aos parlamentares 30 dias para instaurar a comissão processante, sob pena de multa diária de R\$ 100 mil ao presidente do Senado, Eunício de Oliveira (CONJUR, 2018; POMPEU, 2018b).



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

sobre o pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para que a corte desse uma interpretação conforme à Constituição de 1988 ao parágrafo primeiro do art. 1º da Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia).

A decisão que se analisará neste ensaio pretende avocar para dentro do raio de atribuições do Poder Judiciário a análise do que e como devem ser ministrados os cursos acadêmicos nas universidades. Neste sentido, o problema de pesquisa aqui destacado é: a autonomia universitária pode ser flexibilizada para dar azo à intervenção judicial em conteúdos e bibliografias de cursos ministrados no ambiente acadêmico? Para que esses objetivos possam ser alcançados esse trabalho se organiza metodologicamente na perspectiva de análise de um caso judicial, que será explorado analiticamente a partir do confronto da decisão tratada como caso paradigma perante o que foi decidido pelo STF. A tese do Supremo tem como objeto a proteção dada pela Constituição ao pluralismo de ideias no ambiente universitário, em especial quanto à liberdade de manifestação política e ideológica. O posicionamento do Supremo será delineado a partir da ADPF 548, que tratou sobre o assunto no âmbito de manifestações políticas ocorridas em ambiente universitário no segundo turno das eleições gerais de 2018.

O trabalho está organizado em duas seções. Na primeira, buscou-se apresentar o caso em análise, de forma a contemplar seu trâmite processual de primeira instância até a Reclamação direcionada ao Supremo Tribunal Federal. Na sequência, problematizou-se a atuação do Poder Judiciário frente às interpretações oferecidas pelo próprio STF.

## **2 O CASO “CURSO DE EXTENSÃO: GOLPE DE 2016, CONJUNTURAS SOCIAIS, POLÍTICAS, JURÍDICAS E O FUTURO DA DEMOCRACIA NO BRASIL”, DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL**

Entre os meses de março e abril de 2018, a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade de Paranaíba/MS, deu início à divulgação de um curso de extensão sobre o “Golpe de 2016”. Com a expectativa de promover diálogos sobre a conjuntura social, política e jurídica do país, o curso se organizava a partir da oferta de dezessete encontros, entre abril e setembro de 2018, com 120 vagas, cujo tema seria “abordado com o maior rigor acadêmico, de forma científica e não partidária, com o suporte bibliográfico de mais de 60 autores nacionais e



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

estrangeiros” (BRASIL, 2018, s/p.). O foco do curso seria os acontecimentos políticos de 2016, com o processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Vanna Rousseff, conforme apontou o seu Coordenador, Professor Alessandro Martins Prado.<sup>9</sup>

Em 27 de abril de 2018, uma ação popular foi ajuizada por um cidadão em face da UEMS pleiteando a imediata suspensão do curso de extensão, sob a alegação de que sua manutenção caracterizaria desvio da finalidade prevista no ordenamento jurídico para a organização e o funcionamento do ensino superior, uma vez que a abordagem do curso atentava contra o sistema jurídico atual.<sup>10</sup> O autor alegou que o curso tinha a intenção de induzir o seu público a uma visão ideologicamente enviesada dos fatos e que carecia de embasamento científico, por se tratar de conclusões pessoais do professor responsável pela sua elaboração.

A petição acrescentou que a utilização do espaço da UEMS serviria para benefícios particulares, com dispêndio de recursos públicos, configurando ato atentatório à moralidade e à impessoalidade, princípios que regem a Administração Pública. Isso tudo até mesmo porque o caso do *impeachment* já havia sido observado pelo STF, por meio da ADPF n. 378. Na peça, o autor ainda alegava que a autonomia universitária deveria obedecer aos limites previstos no texto constitucional, como os princípios da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

A Universidade, em 4 de maio de 2018, ofertou contestação, alegando, em síntese, que a suspensão do curso importaria em violação ao princípio da autonomia administrativa e pedagógica da Universidade, bem como que o curso foi objeto de deliberação em todas as instâncias da instituição, obtendo a aprovação de seus órgãos colegiados.

Em 11 de maio de 2018, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (MPEMS), que já havia instaurado procedimento preparatório para apurar possíveis irregularidades no curso, emitiu um parecer em que buscava questionar e responder três questões fundamentais: na primeira, averiguava a possibilidade da realização de cursos que abordem o tema “Golpe de Estado de 2016”; na segunda, verificava quais eram os fundamentos que autorizam a realização de cursos; e, por fim, analisava a necessidade de observância de

<sup>9</sup> Para maiores detalhes, ver a notícia publicada por Queiroz (2018).

<sup>10</sup> O relato do caso foi extraído dos documentos que guarnecem os autos da Ação Popular (n. 0801502-47.2018.8.12.0018) distribuída na 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba/MS.



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

parâmetros para tais cursos, em cotejo com este proposto pela UEMS.

Em um primeiro momento, o MPEMS faz uma incursão sobre a liberdade de cátedra (como desdobramento de uma diretriz que concede ao professor a livre exteriorização de seus ensinamentos aos alunos sem qualquer ingerência administrativa, desde que levada em consideração a diretriz do currículo escolar) e da autonomia científica da Universidade. Sob esse prisma, o MPEMS entende que não deve haver restrições que inviabilizassem discussões acerca dos mais variados assuntos no âmbito da Universidade, inclusive por ter verificado que o projeto de extensão obedeceu às regras regimentais internas da UEMS para sua regular oferta. Por outro lado, o MPEMS compreendeu que, para garantir a necessidade da “convivência das liberdades públicas”, as garantias conferidas pela Constituição de 1988 não possuem conotação absoluta. Para o MPEMS:

[...] Tais limites, ao mesmo tempo em que busca garantir o respeito aos comandos normativos contidos no ordenamento jurídico como um todo, busca, ainda, que não haja o esvaziamento de outros princípios que, quando confrontados com a autonomia didático científica, se mostram de estaturas tão ou mais importantes do que ela própria (BRASIL, 2018, p. 141).

Um dos exemplos jurisprudenciais utilizados pelo MPEMS para justificar esses limites foi justamente o HC 82.424 RS (Caso Ellwanger), julgado pelo STF em 2003. O caso, elucidado em uma tese de doutorado na área de História Constitucional (PINHEIRO, 2013), destacou que a liberdade de expressão não é absoluta, submetendo-se à dignidade da pessoa humana. Com esse argumento, o MPEMS avançou para reconhecer que, embora a Universidade tenha liberdade para promover debates no meio acadêmico, estes só podem ocorrer se viabilizarem o efetivo confronto de concepções, como determina o princípio do pluralismo de ideias.

Assim, o parecer do MPEMS começou a registrar que a Universidade não pode promover uma concepção política ideológica exclusiva de modo a inviabilizar o exercício do contraponto de ideias, principalmente após observar que o conteúdo do curso de extensão Golpe 2016 não viabiliza um debate plural, voltando-se exclusivamente à análise de uma visão única acerca de um tema político, violando o respeito ao princípio do pluralismo de ideias. Quando

da análise dos documentos que foram anexados na inicial da Ação Popular, o MPEMS entendeu que “as informações relacionadas ao seu cronograma de programação que traz a descrição de títulos dos encontros voltados **exclusivamente** à afirmação do ponto de vista proposto” (BRASIL, 2018, p. 146, [grifo no original]).

Por fim, o MPEMS (2018, p. 147) acordou com o pedido de concessão liminar para suspensão do Curso de Extensão “Golpe de Estado de 2016 – Conjunturas sociais, políticas e jurídicas e o futuro da democracia no Brasil”, “até eventual correção dos vícios apontados, mediante a edição de nova grade de disciplinas, que compreenda a liberdade de aprender e a pluralidade de ideias (obrigação de fazer), no prazo a ser fixado judicialmente.”

Em 17 de maio de 2018, o juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba/MS analisou o pedido da tutela de urgência, contido na Ação Popular. Na fundamentação da decisão, o juízo entendeu que a autonomia universitária e a liberdade de cátedra não podem ser cartas brancas para desrespeitar os demais princípios e normas previstos no texto constitucional. Reconhecendo que a promoção do curso oferece gastos decorrentes do espaço físico, energia elétrica, material didático e mobilização de pessoal de apoio técnico-administrativo e do corpo docente da instituição, registrou que os recursos públicos são limitados e devem ser aplicados com observância do princípio da eficiência.

Na sequência, o juízo asseverou que da documentação acostada aos autos haveria o descumprimento dos princípios constitucionais da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão e ao pluralismo de ideias. Para o juízo, o curso questionado era uma ação coordenada, de natureza política, que visava reagir à fala do Ministro da Educação que criticava a oferta de curso idêntico realizado por outra universidade pública e que, por tal razão, o curso não tinha por objetivo compartilhar com a comunidade local o conhecimento produzido pela UEMS,

[...] mas antes fazer parte de um movimento político para que determinada narrativa político-ideológica prevaleça no cenário nacional, no caso, a compreensão dos fatos a partir do ponto de vista de um partido político específico, que sentiu-se prejudicado pela atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia Federal (BRASIL, 2018, p. 198).





## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

Por reconhecer que “o curso compartilhará com a sociedade o ponto de vista do Partido dos Trabalhadores e não o resultado das atividades de ensino e da pesquisa desenvolvidos pela UEMS sobre o tema em estudo” (BRASIL, 2018, p. 199) e que, embora o conteúdo programático do curso tenha sólido embasamento teórico, mas enviesado por uma determinada concepção ideológica, que se filia o Partido dos Trabalhadores, a suspensão do curso era medida a se impor. Isto porque, prossegue os argumentos contidos na decisão, “não há qualquer menção aos inúmeros artigos científicos e publicações estrangeiras que chegaram à conclusão de que o processo de impedimento da ex-presidente Dilma Rousseff foi legítimo” (BRASIL, 2018, p. 199).<sup>11</sup>

Na sequência, o juiz compreende que não cabe ao Poder Judiciário interditar o debate ou proibir que qualquer instituição pública sustente teorias de que ocorreu um golpe de Estado no Brasil em 2016, de exigir que prevaleça este ou aquele ponto de vista ou ainda de proibir críticas à atuação do Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia Federal, Poder Legislativo, da imprensa, ou de impedir a divulgação da narrativa de que essas instituições se uniram para depor uma mandatária legitimamente eleita (BRASIL, 2018). No entanto, “quando se utiliza a estrutura de uma universidade pública, com mobilização de agentes públicos, [para a realização desses debates] a Constituição Federal exige, não apenas pede ou sugere, o respeito ao pluralismo ideológico” (BRASIL, 2018, p. 199). A intervenção do Poder Judiciário se justificaria nesse sentido: para assegurar que a observância dos princípios previstos na Constituição e que regem o ensino superior, compreendeu o juiz que seria razoável exigir a inclusão, no conteúdo programático do curso, de textos e autores que defendam o ponto de vista de que o processo de *impeachment* da ex-Presidente da República Dilma Rousseff foi legítimo.

A liminar foi deferida parcialmente para determinar a suspensão do curso, até que o juízo aprovasse as seguintes alterações em seu conteúdo programático (ou a demonstração de que já estão contempladas no projeto original): 1) inclusão de conteúdo produzido no âmbito de projetos de pesquisa científica realizados pela UEMS sobre o processo de deposição da ex-Presidente da República Dilma Rousseff, como forma de garantir a indissociabilidade entre

<sup>11</sup> O juiz, para fazer referência às publicações favoráveis ao *impeachment*, cita a Revista Britânica *The Economist* e o Professor Rogério Schmitt, que fez referência a estudos de três agências internacionais que não identificaram qualquer deterioração da democracia brasileira no ano de 2016.



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

ensino, pesquisa e extensão; e 2) inclusão de textos e autores que exponham o ponto de vista de que o processo de *impeachment* da ex-Presidente da República Dilma Rousseff foi legítimo, como forma de assegurar o pluralismo de ideias.

Em julho de 2018 a instituição de ensino interpôs um agravo de instrumento contra a decisão liminar que, no mérito, acabou sendo rejeitado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. O processo judicial prosseguiu com uma longa instrução que envolvia oitiva de testemunhas. Com a decisão liminar da Ministra Cármen Lúcia na ADPF n. 548, em 27 de outubro de 2018, referendado pelo Plenário do STF em 31 de outubro de 2018, a UEMS solicitou a extinção do processo por perda do objeto, uma vez que o STF havia decidido, em síntese, que qualquer tipo de censura configurava afronta aos princípios de liberdade de manifestação de pensamento e da própria autonomia universitária. No entanto, não foi esse o entendimento do juízo da 2ª Vara Cível que despachou:

Decido. A alegação de perda do objeto da ação formulada pela ré às f. 434/436, com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 548/DF, não comporta acolhimento. Com efeito, a decisão monocrática proferida pela e. Ministra Cármen Lúcia na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental teve como objetivo a declaração de nulidade de decisões judiciais e administrativas proferidas pela Justiça Eleitoral que determinaram buscas e apreensões em instituições de ensino superior em período eleitoral, matéria completamente distinta daquela discutida nestes autos. Veja-se a ementa da referida decisão monocrática: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ELEIÇÕES 2018: MANIFESTAÇÕES EM INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR. ATOS DO PODER PÚBLICO: BUSCAS E APREENSÕES. ALEGADO DESCUMPRIMENTO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS: PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DEMONSTRADA. EXCEPCIONAL URGÊNCIA QUALIFICADA CONFIGURADA: DEFERIMENTO CAUTELAR AD REFERENDUM DO PLENÁRIO. Assinalo que, conforme a fundamentação exposta na decisão interlocutória de f. 193/201, este juízo em momento algum proibiu o debate de ideias, ao contrário, estabeleceu parâmetros para assegurar que a utilização de estrutura e recursos de uma universidade pública para ministrar cursos deve respeitar os princípios constitucionais da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão e o respeito ao pluralismo de ideias. Desta forma,



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

assento que o presente feito apresenta peculiaridades que justificam a não aplicação do entendimento assentado pelo Pretório Excelso na ADPF 548/DF (distinguishing). Feitas essas considerações, indefiro o requerimento formulado às f. 434/436. Por estar o processo em ordem, sem vícios ou irregularidades a serem sanados, declaro o feito saneado. A controvérsia instaurada nestes autos diz respeito: a) à legalidade do ato administrativo que autorizou a utilização de recursos públicos para ministrar o curso “Golpe de Estado de 2016, conjunturas sociais, políticas, jurídicas e o futuro da democracia no Brasil” e b) à existência e extensão dos danos morais coletivos alegados na inicial. Em relação ao primeiro ponto controvertido, observo que trata-se de questão essencialmente jurídica, que dispensa a dilação probatória. Para elucidar o segundo ponto controvertido, reputo indispensável unicamente a produção de prova testemunhal, para cuja finalidade designo audiência de instrução e julgamento para o dia 26/05/2020 às 15:30 horas (BRASIL, 2018, p. 439).

O docente Alessandro Martins Prado, que se qualificou como terceiro interessado nos autos do processo, acabou promovendo uma Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal, pugnando intervenção do Supremo em decorrência da inobservância do juízo de 1º grau em relação da medida cautelar emitida pela Min. Cármen Lúcia. Em 11 de março de 2020, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, relatou a reclamação e destacou a ementa e o dispositivo da decisão do Supremo sobre os ataques à autonomia universitária, para decidir que

Ex positis, por entender, em sede de juízo sumário, ofendida a autoridade da decisão deste Supremo Tribunal Federal na ADPF 548, **CONCEDO TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA**, a fim de que seja suspensa a eficácia das decisões reclamadas, proferidas no processo nº XXXXX-47.2018.8.12.0018 que corre perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Parnaíba/BA, até o julgamento final da presente reclamação. Notifique-se a autoridade reclamada acerca do teor da presente decisão, com a requisição de apresentação de informações (art. 989, I, do CPC). Cite-se a parte beneficiária da decisão reclamada (autor popular do processo de origem), para que apresente contestação no prazo legal (art. 989, III, do CPC). Após, à Procuradoria-Geral da República, para manifestação (art. 991 do CPC). Publique-se. (BRASIL, 2020, s/p.).



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

A decisão do STF foi cumprida parcialmente pelo juízo, que depois de uma petição da UEMS demandando um novo pedido de providência ao STF, acabou por suspender a liminar que impedia a oferta do curso e manteve a instrução do processo para analisar a existência e a extensão de danos morais coletivos (de um curso que não ocorreu).

Em 24 de janeiro de 2023, o juízo prolatou uma sentença judicial julgando improcedente os pedidos da inicial. A seguir, passa-se a problematizar o caso entre a tensão judicial e o pluralismo político.

### 3 O CURSO “GOLPE DE 2016” COMO UMA EXPERIÊNCIA LIMITE ENTRE A TENSÃO JUDICIAL E O PLURALISMO POLÍTICO: A REAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O curso de extensão que inspirou o caso discutido acima sobre o “Golpe de 2016” foi uma iniciativa de um professor de Ciência Política do Instituto de Política da Universidade de Brasília (UnB), em fevereiro de 2018. Grande parte do sucesso desta iniciativa deve-se ao embate midiático causado pelo então Ministro da Educação, Mendonça Filho (União Brasil), que pretendia acionar o Ministério Público Federal (MPF), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria-Geral da União (CGU) para apurar a eventual improbidade administrativa dos responsáveis pela criação do curso, “responsáveis por fazer proselitismo político e ideológico de uma corrente política usando uma instituição pública de ensino”, acrescentando ainda que lamentava “que uma instituição respeitada e importante adot[asse] uma prática de apropriação do bem público para promoção de pensamentos político-partidários” (O GLOBO, 2018).

Em poucas semanas, dezenas de universidades públicas acolheram o formato e passaram a oferecer a extensão universitária, com o objetivo de revisitar os fatos que culminaram no processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff e refletir, conforme a proposta, o futuro da democracia no Brasil.

Nem todas as ofertas chegaram a ser questionadas no Poder Judiciário. Algumas foram rejeitadas de plano pelo MPF, como se pode observar sobre o curso organizado pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), cuja



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

oferta foi mantida.<sup>12</sup> Outras, como o pretendido pela UEMS – até setembro de 2020 – foram impedidas pelo Poder Judiciário. De fato, o projeto de extensão “O Golpe de 2016” tem potencial para polêmicas. Em essência, o curso tem o poder de ativar um espaço de memória que está em disputa para muitos membros da sociedade brasileira, e que atua diretamente sobre as ordens do tempo presente, passado e futuro.

Naquele longínquo dezembro de 2015, quando o Presidente da Câmara dos Deputados aceitou o pedido de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, formulado pelos juristas Hélio Bicudo, Janáina Paschoal e Miguel Reale Júnior, dando abertura ao processo naquela casa legislativa, o país navegava por águas tormentosas, assentadas em efusivas narrativas que atestavam ser o *impeachment* um golpe parlamentar ou um simples processo constitucional. Nas oportunidades em que teve para se manifestar sobre o procedimento do *impeachment*<sup>13</sup>, o Poder Judiciário, representado pelo STF, ativou a simbologia que lhe é cara: como guardião da Constituição, procurou arbitrar conflitos sob a sombra de uma desejada neutralidade ideológica, com reflexos diretos na forma como Direito e Política se articularam nos usos da Constituição.

O processo de *impeachment* deixou poderosas fissuras no seio da sociedade e não é sempre possível controlar ou prever seus desdobramentos. Como tais fatos ainda estão no campo das disputas sobre memórias, narrativas plurais darão o tom por muito tempo, pois tendem a encapsular o passado recente como uma forma de controlar o futuro, ou, em outras palavras, para determinar quais leituras serão mais adequadas sobre esse espaço de experiência. O caso em apreço, de certa forma, rompe com essa ordem de coisas, precisamente pela forma em que concedeu, liminarmente, a suspensão do curso de extensão.

O argumento a ser exposto neste momento reside na forma como a autonomia universitária foi rechaçada pela decisão liminar. Iniciando com a argumentação de que a autonomia e a liberdade de cátedra não podem ser uma carta branca para que a Universidade e seus docentes desrespeitem os demais princípios e normas previstos no texto constitucional, o juízo acabou por relativizar que um dos princípios orientadores da educação nacional, previstos no art. 206, II, da Constituição, reside justamente na liberdade de aprender, ensinar, pesquisar

<sup>12</sup> O parecer pelo arquivamento do pedido de investigação ocorreu em 19 de março de 2018, nos autos da Notícia de Fato n. 1.29.000.000867/2018-29, de lavra da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão (MPF-RS).

<sup>13</sup> Especialmente na ADPF 378, que julgou a legitimidade do processo de *impeachment*.



e divulgar o pensamento, a arte e o saber sem censuras. O pluralismo de ideias, previsto no inciso III do art. 206, busca assegurar que as instituições de ensino promovam um ambiente escolar pluralista e democrático quanto às concepções pedagógicas adotadas, evitando que determinados assuntos, opiniões políticas, religiosas e filosóficas sejam banidas destes estabelecimentos por intervenção legislativa, judicial ou executiva.

O pluralismo de ideias e o impedimento de exercer um determinado ponto de vista, como desdobramento da liberdade de cátedra, promovem um ponto de inflexão nos limites da autonomia universitária. Há limites à liberdade de aprender e ensinar? Sim. A Constituição, conforme destaca Maliska (2008, p. 796), “faz opções por determinadas visões de mundo que efetivamente são incompatíveis com outras de caráter, basicamente, totalitário”. Estaríamos diante de dois princípios em colisão? Não iremos resgatar aqui as discussões promovidas por Alexy. No entanto, Tavares (2008, p. 777) dispõe que o direito à educação, consiste “no direito de escolha, livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas. Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação, como ‘versões oficiais da História’ impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas. Também cumpre a referida dimensão deste direito quando admite a pluralidade de conteúdos (não veta determinadas obras ou autores, por questões ideológicas, políticas ou morais)”. Ainda para Tavares (2008, p. 779-780), a autonomia seria a “impossibilidade de ingerência, dirigida ao Estado, quanto a todos aqueles assuntos que digam respeito à consecução das finalidades universitárias próprias. Deve ser respeitada, tanto pelo legislador quanto pelo administrador, a livre esfera de atuação de que desfrutem as universidades quando desempenham sua tarefa constitucional de oferecer o ensino, a pesquisa e a extensão”.

O art. 53 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), é direto ao dispor que, para garantir a autonomia didático-científica das universidades é imprescindível que seus colegiados de ensino e pesquisa possam decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre os programas das pesquisas e das atividades de extensão. O curso proposto pela UEMS, segundo o juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

Paranaíba, seguiu os trâmites legais para sua realização.

Se o curso foi aprovado pela instância administrativa adequada, conforme garante o juízo, a insinuação prevista na liminar, de que a promoção do curso oferece gastos decorrentes do uso do espaço físico, energia elétrica, material didático e mobilização de pessoal de apoio técnico-administrativo e do corpo docente da instituição, que possui recursos públicos limitados e que devem ser aplicados com observância do princípio da eficiência, chamou a atenção. Seria uma espécie de análise em que o juiz prevê que sua decisão trará certas consequências no mundo jurídico, como se antecipasse um palpite, fruto de um método escatológico próprio, mas que acabou por ignorar o impacto que tal conhecimento produzido promoveria, como se pouca relevância tivesse.

Por outro lado, a interpretação sobre o exercício da autonomia universitária dada pelo juízo atingiu efeitos inovadores quando promoveu uma visão reducionista sobre o papel da universidade na produção do conhecimento e sua indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. No entendimento do juízo, as ações de extensão, como o Curso “Golpe de 2016”, só teriam guarida se fossem um conhecimento gerado pela própria UEMS, ao passo em que determinou que a instituição promovesse a inclusão de conteúdo produzido no âmbito de projetos de pesquisa científica realizados internamente sobre o processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, como forma de garantir a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Esse reducionismo expõe um movimento de tensão na forma como o julgador avalia a função social da universidade.

O fato de o conhecimento ter sido produzido em outras instituições de ensino superior parece não ser relevante, pois, no limite, tratava-se de uma decisão política coordenada (como se a conduta humana fosse dividida em ações políticas e não políticas de intervenção sobre os fatos da vida), dentro de uma narrativa político-ideológica sobre o cenário nacional para a compreensão dos fatos a partir do ponto de vista de um partido político, “e não como resultado das atividades de ensino e da pesquisa desenvolvidos pela UEMS sobre o tema em estudo” (BRASIL, 2018, p. 199). O entendimento pode nos levar a uma experiência limite: imaginemos que a UEMS não oferecesse uma pesquisa ou ensino sobre a imunização mediante uso de vacinas. Estaria a Universidade proibida de fazer um projeto de extensão sobre imunização a

partir daquilo que foi produzido por outras instituições? Não parece razoável que essa tenha sido a intenção do magistrado, por mais que, para impedir o curso, tenha se valido de argumentos dessa natureza.

Após poucos anos desse julgamento, o cenário político brasileiro permaneceu tensionado quando da chegada das eleições gerais de 2018. Os acontecimentos que sucederam o *impeachment* em 2016 levaram ao fortalecimento da candidatura de Jair Bolsonaro (PSL), político com longa tradição de reeleição para a Câmara dos Deputados desde a redemocratização, mas que logrou êxito em projetar-se como um *outsider* pronto para “moralizar” o cenário político do país. Ostentando um perfil classificado na extrema-direita do espectro político, Bolsonaro polarizou o segundo turno das eleições presidenciais com Fernando Haddad (PT), que havia substituído Lula da Silva (PT) a poucos meses da eleição em virtude da então prisão deste último.

O segundo turno eleitoral de 2018 (ocorrido no mês de outubro) elevou as tensões decorrentes do exacerbamento do tom da corrida presidencial. Em várias universidades, manifestações foram realizadas em apoio ao candidato Haddad e em desfavor ao seu concorrente, Bolsonaro, que viria a ser eleito. As Zonas Eleitorais de várias cidades do país receberam denúncias de atividades irregulares nos espaços acadêmicos e determinaram a entrada de agentes públicos nas universidades com o objetivo de impedir a realização de movimentos, cursos, aulas e movimentações com pautas político-eleitorais. Em instituições como a Universidade Federal de Uberlândia (UFU), a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade do Estado da Bahia (UNEB), para ficar em poucos exemplos, houve retirada de faixas, adereços e placas, inclusive, por autoridades policiais. A justificativa dos juízos eleitorais, em suma, era a de que os espaços públicos não poderiam ser utilizados visando ao desequilíbrio da corrida eleitoral.

Dois dias antes da realização do segundo turno, em 26 de outubro de 2018 (sexta-feira), a Procuradoria-Geral da República (MPF) ajuizou a ADPF 548 visando à cassação de todas as decisões que haviam determinado o ingresso dos agentes públicos nas universidades com o objetivo de impedir as manifestações políticas. A então Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, deferiu o pedido no dia seguinte. Dois anos depois, em 15/05/2020, o Supremo

referendou a medida cautelar e, no mérito, de forma colegiada, ratificou a impossibilidade de o espaço acadêmico universitário ter a sua autonomia tolhida por interferência de agentes externos, ainda que vinculados ao Estado, salvo em caso de cometimento de ilegalidades.

Para a Ministra Relatora, a indissociabilidade entre a autonomia universitária, as liberdades de ensinar e aprender, de pensamento e de manifestação de ideias impede que o Estado, por quaisquer dos seus entes, possa adentrar no espaço acadêmico e tolher a manifestação dos seus integrantes. A liberdade de pensamento não é concessão do Estado e não pode ser por ele impedido. Do contrário, corre-se o risco de converter autoridade em autoritarismo. A Relatora considerou também que aulas, eventos e cursos universitários que tratem de acontecimentos políticos estão incluídos dentro do eixo de atividades-fim das universidades. Ou seja, quando o Estado-Juiz tolhe a possibilidade de atuação autônoma de discentes, docentes e servidores de uma universidade sem a correta detecção de uma ilegalidade, concretiza intervenção irregular na esfera acadêmica.

O voto da Ministra Cármen Lúcia foi seguido de forma unânime pelos demais integrantes do STF. A Corte estabeleceu as universidades como espaços privilegiados de manifestação do pensamento e das liberdades de ensinar e aprender até mesmo conteúdos de natureza política. Eventuais intervenções do Estado (mesmo o Poder Judiciário) devem ser episódicas e voltadas à suspensão de uma ilegalidade, mas não para interditar a realização de cursos, programas ou reuniões contemplados pela autonomia acadêmico-universitária.

A argumentação apresentada pelo Supremo colide com o que foi decidido em primeira instância no caso do curso de extensão do “Golpe de 2016”. O Juízo de Direito da Comarca de Paranaíba/MS argumentou que, em nome da proteção da liberdade acadêmica e do pluralismo de ideias, precisaria intervir nas atividades universitárias para modificar a bibliografia de determinada atividade extensionista. A premissa correta (assegurar a autonomia universitária) é utilizada para justificar um mecanismo irregular (substituição das liberdades de ensinar e aprender, além da livre manifestação de ideias). Considerando a inexistência de atividades ilegais desempenhadas no âmbito da UEMS, o provável é que a decisão comentada não passasse pelo crivo hermenêutico do STF, ao menos nos termos decididos na ADPF 548.

A autonomia universitária está diretamente ligada à proteção da democracia (MEYER;

BUSTAMANTE; BATISTA JÚNIOR, 2019). Ainda que de forma indireta, o desrespeito às liberdades que circundam o ambiente universitário implicam em degradamento qualitativo do ambiente democrático. Não à toa, o Brasil foi dos países que, nos últimos anos, liderou a corrida pela deterioração democrática (V-DEM INSTITUTE, 2021). O caso discutido neste trabalho demonstra que, embora os atores políticos sejam os mais lembrados quando da análise dos atos que prejudicam a democracia, a atuação do Judiciário também pode apresentar, por ação ou omissão, resultado(s) similar(es).

A atuação do STF demonstrou que o Poder Judiciário não pode usar de sua autoridade para intervir na atividade-fim das universidades. Conteúdos, bibliografias e manifestações (mesmo políticas) produzidos, apresentados e discutidos nas instituições de ensino superior passam ao largo da fiscalização jurisdicional, quando não caracterizarem atos ilegais. O assunto permaneceu lateral na discussão constitucional brasileira até os mais recentes anos por não ter sido preciso, até então, discuti-lo com tamanha ênfase. O caldeirão político em que entrou o Brasil na última década propiciou a construção de mais esse bloco na dogmática interpretativa da jurisdição constitucional.<sup>14</sup>

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA?**

Sob o manto do positivismo jurídico, o juiz de direito passou a acreditar que, ao decidir, aplicava um método tão bem estruturado que, ao promover a subsunção do fato à norma, encontraria o bom direito, fruto de uma hermenêutica capaz de o livrar de subjetivismos e ideologias. O resultado dessa ação seria dar a cada um o direito que lhe é próprio, por estar lastreado por uma metodologia (manejo de provas e indícios) que o levaria a revisitar fatos e, por suposto, encontrar a verdade real (que no passado próximo, até se tornou um dos princípios do direito).

Essas questões são complexas e, aqui, promovemos uma simplificação que não pode ser mal compreendida. Entendemos que é enganoso falar do método como o caminho para a verdade. O percurso para a desejada verdade é permeado por escolhas que o julgador não pode, por mais que as queira, ignorar. No jogo ilustrativo sobre a verdade dos fatos que culminaram

---

<sup>14</sup> Para maiores detalhes, ver Ferreira (2022).



no impeachment, o uso da variável ideologia sempre foi ativado tanto pelos contrários ao processo quanto pelos favoráveis. O problema é que a ideologia, nos mais robustos argumentos, geralmente é realizada pelo outro e não pelo emissor da análise.

Com o Poder Judiciário não é diferente, justamente porque durante muito tempo, essa instituição conseguiu rearticular e reelaborar um *modus operandi*, dada as relações de poder que opera, em diferentes graus (do juiz de primeira instância até o ministro do STF), que o protege de ser acusado de produzir decisões ideológicas, baseado na suprema prerrogativa da “imparcialidade”.<sup>15</sup>

Os exemplos são abundantes, como já tive a oportunidade de ressaltar no início desta exposição. Em um recente artigo, o jurista Conrado Hübner Mendes (2018) selecionou um conjunto de decisões paradigmáticas dos ministros do STF que seriam representativas daquilo que ele chamou de jurisprudência impressionista, motivada por um estado de espírito, um pensamento desejoso que, no limite, seria a confusão entre o que é e o que se queria que fosse, ou, em outras palavras, “consequenciachismo” nas decisões judiciais.

O neologismo criado por Mendes flerta com a técnica jurídica conhecida como consequencialismo, que “busca detectar relações empíricas de causa e efeito, pratica a dúvida metódica, vai atrás de pesquisas e dialoga com as ciências sociais” (MENDES, 2018). O “consequenciachismo” vai além, pois “define-se pela tentativa de avaliar o impacto do Direito na realidade por meio do uso pouco cuidadoso de dados empíricos (sem avaliar fontes, métodos, escopo, incertezas e objeções) e por apresentar como fato meras especulações e intuições sobre a realidade social, política e econômica” (WANG, 2018).

Trata-se de decisões judiciais que aderem àquilo que acham ou reputam ser mais correto, baseados em um sistema de pouca evidência empírica, uma mistura de inconsequência, com impressionismo com verve retórica (MENDES, 2018). A prática do “consequenciachismo” acaba por deslocar a integridade do direito ao incorporar um achismo decisionista sem garantias de teste para suas previsões.

Em diálogo com o tema, Wang (2018) identificou que poucos dias após a publicação da crítica esboçada por Mendes (2018), José Vicente Santos de Mendonça (2018) fez uma

<sup>15</sup> Para maiores detalhes, ver Carvalho (2018).



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

curiosa defesa da prática do “consequenciachismo”. Para Mendonça (2018), o uso de “palpites informados”, embora pudesse ser justificado, até poderia não ser ideal, mas seria melhor que seu principal concorrente: o “princiachismo”, que tende a manter a argumentação judicial obscura, enquanto no “consequenciachismo”, os dados poderiam ser falseáveis, ou seja, poderia ser demonstrado que o julgador se equivocou.

No Direito brasileiro, os usos dos princípios ou consequencialismos atingiram seu clímax porque seus aplicadores têm, reiteradamente, acabado por explicitar suas preferências pessoais, dentro daquele estado de espírito do pensamento desejoso, já denunciado por Mendes (2018).

Ao incluirmos os achismos nas duas vertentes, de forma “a permitir que magistrados imponham sem grande ônus argumentativo suas preferências pessoais a respeito dos objetivos públicos a serem alcançados e o melhor meio de alcançá-los” (WANG, 2018, s./p.), o Poder Judiciário acaba por se autoimpor um desgaste não apenas simbólico, mas que tende a questionar seu espaço de legitimidade democrática.

O caso em apreço é um exemplo clássico de como as opções pessoais do julgador ganha status jurídico que impacta a qualidade jurisdicional e envolve o Poder Judiciário dentro de uma função que não lhe cabe: a de ser um Tribunal da História. A crítica aos tribunais que buscam julgar a história é baseada na ideia de que os tribunais são instituições criadas para julgar casos específicos com base em leis e normas existentes na época em que os eventos ocorreram. A história é um campo complexo e multifacetado, e muitos eventos históricos envolvem questões morais, políticas e sociais que não podem ser adequadamente avaliadas por meio do sistema jurídico.

Por fim, a judicialização do curso de extensão sobre o Golpe de 2016 é paradigmática não só porque envolve violações à autonomia universitária, mas porque a liberdade de pensamento e o pluralismo de ideias foi prejudicado pela própria atuação do Poder Judiciário, que deveria estar comprometido com os próprios princípios fundantes da democracia brasileira. A reação do STF foi positiva na medida em que reconheceu essa violação, mas as disputas sobre a liberdade de ensinar e aprender tendem a ser mais sutis diante das constantes crises da democracia.



## 5. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378**. Plenário. Julgamento em 17/12/2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4899156>. Acesso em: 9 mai. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548**. Plenário. Julgamento em 15/05/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576416>. Acesso em: 9 mai. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Reclamação Constitucional n. 39.089-MS**. Medida Cautelar. Julgamento em 11/03/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5850756>. Acesso em: 10 mai. 2023.
- BRASIL. Réus em ação penal não podem substituir presidente da República, decide Plenário. **Notícias STF**, Brasília, 07 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331478>. Acesso em: 10 set. 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Ação Popular n. 0801502-47.2018.8.12.0018. Requerente: João Henrique Miranda Soares Catan. Requerido: Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Juiz: Plácido de Souza Neto. Paranaíba, 27 de abril de 2018.
- CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Imparcialidade Judicial à brasileira? **Revista Jurídica da Ufersa**, Mossoró, v. 2, n. 3, p. 87-98, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v2.n3.p87-98.2018>. Acesso em 10 mai. 2023.
- CONJUR. TRF-1 cassa decisão que obrigava Congresso a criar CPI da dívida pública. **Conjur**, 05 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-05/trf-cassa-decisao-obrigava-congresso-criar-cpmi-divida-publica>. Acesso em: 21 set. 2018.
- DINIZ, Carlos Augusto de Oliveira. Decisão judicial destrói a liberdade de cátedra na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. **Revista Videre**, [S. l.], v. 14, n. 29, p. 249–278, 2022. DOI: 10.30612/videre.v14i19.15154. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/15154>. Acesso em: 10 mai. 2023.
- FERREIRA, Emanuel de Melo. **A difusão do autoritarismo e resistência constitucional**. 2022. 405 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022.
- GARCIA, Gustavo. Senado aprova PEC que viabiliza prática da vaquejada; texto segue para a Câmara. **Portal G1**, Brasília, 14 fev. 2017. Disponível em:



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

<https://g1.globo.com/politica/noticia/senado-aprova-em-primeiro-turno-pec-que-viabiliza-pratica-da-vaquejada.ghtml>. Acesso em: 20 mai. 2017.

GLOBO, O. MEC vai acionar MPF contra disciplina da UnB sobre 'golpe de 2016'. **O GLOBO**, Rio de Janeiro, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/mec-vai-acionar-mpf-contradisciplina-da-unb-sobregolpe-de-2016-22420187>. Acesso em: 20 set. 2018.

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e Democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. **Revista Época**, São Paulo, 14 set. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 18 set. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequenciachismo. **Direito do Estado**, Rio de Janeiro, 16 set. 2018, ano 2018, núm. 413. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em 21 set. 2018.

MEYER, Emilio; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Autonomia Universitária, Democracia e Federalismo. **Revista Culturas Jurídicas**, vol. 6, n. 13, jan./abr. 2019, pp. 279-307. DOI: <https://doi.org/10.22409/rcj.v0i0.758>. Acesso em: 9 mai. 2023.

MORAIS, Vitória Larissa Dantas de; CABRAL, Rafael Lamera Giesta. Prerrogativa ou Privilégio: uma análise do auxílio-moradia para juízes à luz dos princípios constitucionais da moralidade e da legalidade. **Revista Argumentum**, Marília, v. 22, n. 2, p. 635-662, 2021. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1287/894>. Acesso em: 10.mai.2023.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **Às margens do caso Ellwanger**: visão conspiracionista da história, ecos tardios do integralismo e judicialização do passado. Tese de doutoramento em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2013.

POMPEU, Ana. Fux retira processos sobre auxílio-moradia da pauta do Plenário do Supremo. **Conjur**, 21 mar. 2018a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-21/fux-retira-processos-auxilio-moradia-pauta-pleno-stf>. Acesso em: 02.09.2018.

POMPEU, Ana. Juiz federal manda Congresso instaurar CPI para auditar dívida pública. **Conjur**, 04 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/juiz-manda-congresso-instaurar-cpi-auditar-divida-publica>. Acesso em: 21.09.2018b.



## REFLEXÕES SOBRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA OU A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO TRIBUNAL DA HISTÓRIA

### REFLECTIONS ON UNIVERSITY AUTONOMY OR THE ROLE OF THE JUDICIARY AS A TRIBUNAL OF HISTORY

QUEIROZ, Tatiane. UEMS de Paranaíba oferece curso com o tema ‘Golpe de Estado de 2016’. **UEMS**, Notícias, Dourados, 16 abr. 2018. Disponível em: <http://www.uems.br/noticias/detalhes/uems-de-paranaiba-oferece-curso-com-o-tema-golpe-de-estado-de-2016-155959>. Acesso em: 10.06.2018.

REZENDE, Constanza. Projeto de nova lei da magistratura segue sem avançar. **Estadão**, São Paulo, 07 nov. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,projeto-de-nova-lei-da-magistratura-segue-sem-avancar,10000001425>. Acesso em: 28.08.2018.

TAVAES, André Ramos. Direito Fundamental à Educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

V-DEM INSTITUTE. **Democracy Report 2021**: Autocratization Turns Viral. University of Gothenburg. Gothenburg (Sweden), 2021. Available at: [https://www.v-dem.net/documents/12/dr\\_2021.pdf](https://www.v-dem.net/documents/12/dr_2021.pdf). Access at: 9 May 2023.

WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. **Jota**, Brasília, 20 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>. Acesso em: 21 set. 2018.

Enviado em: 11/05/2023

Aceito em: 23/05/2023





# A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

## UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

Myrlla Arielle Fernandes Sampaio de Melo<sup>1</sup>

### RESUMO

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) através da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. A ação trata da deplorável situação do sistema penitenciário brasileiro demonstrando a necessidade de transformações estruturais da atuação do Poder Público para modificar tal situação. A intenção da presente pesquisa é verificar o possível progresso da execução das medidas em torno da implementação das audiências de custódia, do julgamento até o ano de 2020. Nesse sentido, a questão central é: a eficácia decisão proferida é mais salientemente simbólica ou instrumental? A partir da metodologia de estudo de caso, o tema será analisado com a necessária consulta da Resolução no. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça e do Programa Justiça Presente. Conclui-se sustentando que, apesar dos desafios, a implementação de tais audiências compõe um efeito instrumental da decisão, tendo a jurisdição constitucional auxiliado na mudança positiva da realidade.

**Palavras-chave:** estado de coisas inconstitucional; litígios estruturais; audiências de custódia; eficácia.

### ABSTRACT

The unconstitutional state of affairs has been declared by Brazilian Supreme Court in the ADPF 347, a constitutional remedy which aims to protect fundamental constitutional provisions. The case is related to the deplorable situation of Brazilian penitentiary system, demonstrating the need for structural transformations on the authorities conducts, aiming to change this scenario. This research aims to analyze the possible progress on the implementation of that decision since 2020, investigating its instrumental and symbolic effects, questioning which aspect is more relevant, the former or the latter. Through the methodology concerning case study, the subject will be analyzed in light of the Resolution no. 213/2015, edited by National Justice Counsel, and the Actual Justice Program. In conclusion, sustains that, despite the challenges, the implementation of those hearings corresponds to an instrumental effect of the decision, making constitutional adjudication an important factor on reality's positive transformation.

**Key-words:** unconstitutional state of affairs; structural litigation; custody hearings; efficacy.

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA), graduada em Direito pela Universidade Potiguar (UnP) e em Administração pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).



## **1. INTRODUÇÃO**

Em 09 de setembro de 2015 ocorreu o julgamento da medida cautelar na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, ação ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, para que fosse reconhecida a figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) no tocante à situação de calamidade do sistema penitenciário brasileiro e, com isso, a adoção de providências estruturais em face de violações a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Tal fato era inédito no país e teve como precedente o exemplo de outro país da América do Sul, a Colômbia, o qual já possui algumas situações de reconhecimento do ECI, como os casos do respectivo sistema carcerário e do deslocamento forçado de pessoas por ações violentas das FARC.

Por se tratar de um conceito novo para o sistema jurídico brasileiro, é importante entender sua delineação, seus motivos determinantes e objetivos. Aduz Campos (2016) que, quando uma Suprema Corte declara o Estado de Coisas Inconstitucional, se assevera a existência de alguns preceitos que o justificam como a violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada. Esse cenário demonstra a necessidade de transformações estruturais da atuação do Poder Público para modificar tal situação. Dado o quadro de excepcionalidade e pelos já referidos motivos justificantes, a Corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas, em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para a superação do estado de inconstitucionalidade.

Com a decisão do pleno na ADPF 347, em sede cautelar, foram deferidos dois pedidos liminares – a implementação das audiências de custódia e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), havendo a regulamentação procedimental das audiências de custódia através da Resolução nº 213/2015 – CNJ. Para um maior acompanhamento da temática, no ano de 2019, o CNJ lançou o programa “Justiça Presente” que tem por finalidade,



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

além do acompanhamento da decisão da ADPF nº 347, de enfrentar os obstáculos estruturais do sistema prisional, com visão na execução penal, ao péssimo funcionamento das prisões e a falta de oportunidades na reintegração do apenado à sociedade.

Entretanto, a ADPF nº 347, além das referidas cautelares, possui outros fatores a serem analisados no tocante até mesmo à funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema jurídico brasileiro, proporcionando uma visão mais ampliada dessa técnica de decisão no país. Alguns desses fatores já foram estudados por outros pesquisadores e a intenção foi trazer esta pesquisa para enriquecer o presente trabalho, verificando-se, além disso, o possível progresso da execução das medidas cautelares deferidas desde o julgamento até o ano de 2020<sup>2</sup>, como também verificar os possíveis efeitos instrumentais e simbólicos<sup>3</sup> gerados desde a declaração do ECI. Nesse sentido, a questão central deste artigo é: a eficácia da decisão proferida, especificamente no contexto das audiências de custódia, é mais salientemente simbólica ou instrumental? A metodologia em torno do estudo de caso, aliado às fontes documentais adiante elencadas, comporão caminho necessário para se chegar às respostas pertinentes.

O texto inicia-se com considerações gerais em torno dos litígios estruturais e correspondente classificação da eficácia dos pronunciamentos judiciais. Em seguida, a implementação das audiências de custódia é analisada a partir de fonte documental do próprio CNJ, concluindo-se que, apesar dos desafios, a efetivação de tais audiências compõe um efeito instrumental da decisão, tendo a jurisdição constitucional auxiliado na mudança positiva da realidade.

## 2. LITÍGIOS ESTRUTURAIS E EFICÁCIA DA DECISÃO JUDICIAL

Muitas nuances podem ser analisadas acerca do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, desde seus primórdios na jurisprudência colombiana, seus impactos em um importante

<sup>2</sup> Data do encerramento desta pesquisa.

<sup>3</sup> Conforme Garavito e Franco (2010, p. 23-25) o efeito instrumental de uma decisão judicial se trata de uma mudança efetiva na conduta das pessoas e grupos transformando a norma contida da decisão em ação concreta. O efeito simbólico representa uma mudança de ideias e percepções sociais acerca do objeto de litígio. Esse tema será melhor explanado adiante.

princípio constitucional, a separação de poderes, sua formação fincada dentro dos litígios estruturais e as possibilidades a partir dele de formação de diálogos institucionais, a tempos evocado por alguns estudiosos.<sup>4</sup> Para falar de ECI, assim, é imprescindível entender em que consistem as referidas litigâncias estruturais, seu conceito, suas características e peculiaridades em relação as demandas privadas. As ações estruturais são o gênero, os instrumentos processuais usados para a resolução de complexas questões estruturais, enquanto a declaração do ECI é a espécie, a técnica decisória utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir de circunstâncias fáticas inconstitucionais, para a coordenação do processo de correção de falhas estruturais de diversos órgãos públicos que geram a violação massiva de direitos fundamentais. (DANTAS, 2019, p. 69)

As litigâncias estruturais são instrumentos que geram decisões que se orientam para uma perspectiva futura, envolvendo valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. Essas podem ir além da simples especificação do resultado a ser obtido, esclarecendo os meios para tanto. A sentença judicial, ao fixar a consequência esperada, pode propor um plano de ação, ou mesmo delegar a criação desse plano a outro ente, de forma a atingir o resultado almejado. (ARENHART, 2013, p. 394;400)

Como sustentam Samuel Paiva Cota e Leonardo Silva Nunes, tem-se que:

as medidas estruturais visam a implementar uma tipologia processual apta a promover uma reforma estrutural num ente ou instituição pública ou privada, com o objetivo de reorganizá-lo burocraticamente e adjudicar um direito fundamental ou um valor público caro à sociedade. Além disso, busca tratar da discussão acerca de políticas públicas, bem como resolver litígios complexos (COTA; NUNES, 2018, p. 252).

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes (FISS, 1979, p. 2). Ou seja, nos litígios que distinguimos como estruturais, os juízes geralmente reconhecem como fonte da

<sup>4</sup> Vide GARGARELLA (2014), GARAVITO (2010) e MENDES (2011).



violação de direitos a, por exemplo, uma norma jurídica, uma política institucional composta por múltiplas práticas, e/ou a uma condição ou situação social. A decisão tomada nesse tipo de demanda deve considerar o impacto sobre aqueles que não estão presentes no processo, mas que estão inescapavelmente ligados pela definição judicial do conflito. (PUGA, 2014, p. 55-56;58)

Na tutela estrutural, a vítima da violação do direito é um grupo, e o conceito de parte é pulverizado, uma vez que há um número significativo de pessoas, associações, agentes públicos e políticos com interesse na causa e que são diretamente afetados pela decisão. Os objetos dos processos são condições da vida social, a proteção ou concretização de direitos fundamentais e o papel que as organizações que atuam em larga escala têm e devem desempenhar na proteção ou promoção desses direitos (FISS, 1979, p. 19).

As decisões nas ações estruturais não buscam compensar ou indenizar por fatos ocorridos passados, mas sim ajustar o comportamento futuro dos órgãos públicos. (CHAYES, 1975, p. 1298) Assim sendo, os fatos individuais constituídos no passado não constituem o objeto principal do processo. Eles são apenas provas do padrão de violação institucionalizada de direitos fundamentais, fatores esses os quais dão origem à ação. Outra característica distinta da tutela estrutural refere-se à ligação ou a identidade entre as vítimas e seus representantes legais. Não há necessidade de que os representantes legais ou autores da ação sejam integrantes do grupo vitimizado (FISS, 1979, p. 18-20). O entendimento é que as vítimas das violações de direitos discutidas nas ações estruturais normalmente se encontram em estado vulnerável não estando em condições de exercer a sua própria defesa. O ideal é que tais defesas sejam realizadas por organizações para a defesa de direitos realizem a representação legal do grupo vitimizado. (DANTAS, 2019, p. 92-93)

Quanto aos elementos para se caracterizar uma litigância estrutural, aquele elencados pela doutrina<sup>5</sup> com mais frequência são: (1) A intervenção de múltiplos atores processuais; (2) Um grupo de partes afetadas que não intervém no processo judicial, mas que, no entanto, são representados por alguns de seus pares, e/ou por outros atores legalmente autorizados; (3) Uma condição ou situação social que viole interesses em um sistêmica ou estrutural, embora nem

<sup>5</sup> Vide CHAYES (1975, p. 1302) e GARAVITO (2009, p. 435)





## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

sempre homogênea; (4) Um estado ou organização burocrática que funciona como a estrutura do situação ou condição social que viole direitos; (5) A invocação ou reivindicação de valores de natureza constitucional ou público para fins regulatórios em nível geral e/ou reivindicações de direitos econômica, social e cultural; (6) Reclamações envolvendo a redistribuição de propriedade; (7) Uma declaração envolvendo um conjunto de comandos de implementação contínua e prolongada. (PUGA, 2014, p. 45-46)

O processo estrutural é um processo diferenciado, objetivando a tomada de decisões que alterem substancialmente, para o futuro, determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade. Para a consecução desse objetivo, instrumentos como as audiências públicas, as quais permitam a participação ampla da comunidade envolvida<sup>6</sup>, são indispensáveis, bem como a participação dos *amicus curiae*. Do mesmo modo, é fundamental que o processo seja capaz de absorver a experiência técnica de especialistas no tema objeto da demanda, para que possam contribuir tanto no dimensionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia. (ARENHART, 2017, p.72-73)

Decisões estruturais fornecem uma alternativa processual perante as decisões judiciais caso a caso, quando há milhares de casos individuais, que correm o risco de saturar a capacidade de tribunais e produzir resultados contraditórios. Em segundo lugar, casos estruturais podem encorajar diálogo e colaboração significativas entre o Estado e a sociedade no que diz respeito aos problemas distributivos, especialmente quando os tribunais mantêm sua jurisdição de acompanhamento sobre o caso e monitorar a implementação de sua decisão por meio de ordens de acompanhamento e mecanismos de supervisão (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 25-26).

É importante ressaltar que existem diferenças entre o processo estrutural e as ações coletivas. Em que pese se tratar de um tipo de ação de benefício grupal, a ação coletiva pode não ter uma participação direta dos beneficiários, o que pode implicar um processo bipolarizado em que a parte que representará os interesses do grupo, a exemplo do Ministério Público, pode não ter o real conhecimento das necessidades e da importância daquela ação para os que estão

<sup>6</sup> O autor alerta que esse mecanismo nesse formato não é disciplinado expressamente nem no CPC, nem na legislação básica a respeito do processo coletivo



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

sendo por ele representados, formulando pedido que podem não atender da melhor forma o direito material. (ARENHART, 2017, p. 71)

Outro fator que merece a devida atenção é que as litigâncias estruturais devem ser o último recurso a ser utilizado. Quando outras medidas mais simples se mostrarem adequadas, não haverá razão para as providências estruturais, seja por sua complexidade, seja por seu custo, seja mesmo pelo caráter intrusivo que elas apresentam. De fato, é evidente que medidas deste porte implicarão um elevado custo de recursos do Poder Judiciário, a exemplo da revisão periódica da decisão, e de sua eficácia que importa, normalmente, a constante fiscalização e o acompanhamento do cumprimento das linhas gerais estabelecidas pelo Poder Judiciário. Embora isso possa ser feito pelo próprio magistrado, às vezes esse controle imediato será difícil. Por isso, é preciso criar instrumentos constantes de fiscalização e de acompanhamento do cumprimento da decisão estrutural. Então, diante das dificuldades em se implementar e controlar decisões desta ordem, devem elas ficar reservadas a casos em que sejam efetivamente necessárias, não tomando o lugar de medidas mais simples, mas que possam eficazmente resolver o litígio. Mais uma condição para sua excepcionalidade, é o risco em torno da amplitude assumidas pelas medidas, oferecendo ao magistrado um poder o qual não encontra limites prévios dados pelas partes (ARENHART, 2013, p. 397;401;409).

As soluções consensuais, trabalhadas a partir do diálogo entre as partes, podem ser a solução mais adequada do que a imposição de uma decisão do órgão imparcial, a qual pode desagradar a todas as partes do processo e a toda a sociedade atingida. Essa solução consensual, sem dúvida, contribui também para a obtenção de soluções tecnicamente factíveis, sem perder de vista as exigências do Direito. (ARENHART, 2017, p. 77). Assim, somente dentro de uma lógica processual dialógica é que as partes poderão decidir o modo mais viável de resolução do conflito em questão, adequando-o à sua realidade e possibilidade, tendo sempre como norte o dever de concretização dos direitos fundamentais e dos valores públicos caros à sociedade. (COTA; NUNES, 2018, p. 244)

Por fim, a garantia de acesso aos tribunais e a competência das Cortes a partir de aspectos legais do sistema judicial e de decisões jurisprudenciais trata-se de questão determinante para o sucesso e a eficácia das ações estruturais, pois, para que essas ações atinjam



seus fins, é necessário garantir acesso de grupos marginalizados ao Judiciário e a existência de um sistema judicial capaz de otimizar os escassos recursos judiciais existentes para o julgamento dessas importantes ações constitucionais (DANTAS, 2019, p. 187-188). Realizadas tais considerações, um outro aspecto importante para entender a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional é ter conhecimento dos efeitos que as decisões judiciais podem gerar e quais suas implicações para os atores envolvidos no litígio.

### **3. EFEITOS INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICOS DA DECISÃO JUDICIAL**

Quando se analisa uma decisão judicial, a principal pergunta que deve nortear a pesquisa é: quais foram os proveitos que essa ação trouxe aos seus beneficiários e envolvidos? E quando se trata de uma ação de controle de constitucionalidade abstrato, é mister avaliar os impactos causados nos atores envolvidos direta ou indiretamente na decisão judicial. No tocante à ADPF nº 347, o que se espera analisar são os efeitos sentidos no sistema penitenciário brasileiro, perquirindo também acerca das mudanças de percepção sobre a temática naqueles que podem influenciar direta ou indiretamente no resultado da ação em discussão. Sendo assim, investigar sobre os efeitos da decisão judicial e suas classificações pode orientar novas alternativas capazes de permitir que os resultados almejados no pedido da ação sejam alcançados.

Conforme César Garavito e Diana Franco (2010, p. 21) os efeitos das decisões judiciais podem ser classificados em dois grupos. Por um lado, alguns autores, como Gerald Rosenberg (1991) e Mark Tushnet e Larry Yackle (1997)<sup>7</sup>, possuem a atenção voltada nos efeitos diretos e palpáveis das decisões dos Tribunais. Para avaliar uma decisão como eficaz, é preciso observar uma mudança de comportamento concreta em nos atores envolvidos de forma imediata, ou seja, nos indivíduos, grupos ou instituições que os litigantes e magistrados procuram influenciar com suas estratégias e decisões.

Acerca dos efeitos instrumentais, a pesquisa de Gerald Rosenberg (1991) aborda os efeitos do caso da Suprema Corte dos Estados Unidos que é considerado o marco dos litígios estruturais, o *Brown x Board of Education* de 1954, que gerou uma série de intervenções

<sup>7</sup> Apesar do texto citado ter relação com a eficácia da lei, conforme conceituação abordada pelos autores, é possível usar a mesma premissa para a decisão judicial.



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

judiciais com a finalidade de desfazer a segregação racial existente nas escolas, como também em estabelecimentos públicos e outros espaços. Apesar de ser considerada uma ação que causou diversos impactos de conscientização e mudanças de opinião acerca das relações sociais, tendo, inclusive, contribuição para o surgimento do movimento de direitos civis da década de 1960, o autor contrapõe as opiniões majoritárias afirmando que o caso fortaleceu a resistência, por parte do público branco, aos direitos civis e com isso pode ter atrasado a conquista do término da segregação racial (ROSENBERG, 1991, p. 155).

Em síntese, a alegação de que uma grande contribuição dos tribunais em direitos civis foi dar relevância à questão da segregação racial, pressionar as elites políticas a agir, aguçar a consciência das pessoas brancas e dar legitimidade às queixas dos negros é contestável, uma vez que inexistem provas em apoio à alegação. As evidências da opinião pública não a suportam e, às vezes, a contradizem claramente. Embora deva ser o caso de que a ação do Tribunal tenha influenciado algumas pessoas, não foram encontradas evidências concretas de que essa influência fosse generalizada ou de muita importância para a batalha pelos direitos civis (ROSENBERG, 1991, p. 155-156).

Mark Tushnet e Larry Yackle (1997, p. 74-76) relatam alguns efeitos que podem surgir a partir da mudança legislativa e interpretação judicial, os quais podem ser aplicados à decisão judicial. Acerca dos efeitos instrumentais, os autores explanam que esses tomam as preferências e valores de suas metas como dados, e alteram os custos e benefícios associados às linhas de ação tomadas de acordo com essas preferências e valores, ou seja, esses efeitos possuem um alvo a ser atingido e só serão considerados eficazes se foram concretizados os objetivos.

O outro grupo dos efeitos da decisão judicial se distancia dos efeitos instrumentais e diretos das decisões, avaliando essa também no campo das transformações gerais as quais podem ser acarretadas pelas mesmas, a exemplo da mudança de percepção, possibilitando efeitos indiretos ou simbólicos igualmente importantes (GARAVITO, FRANCO, 2010, p. 23). O fundamento principal acerca do tema é visto na pesquisa de Michael McCann (1994) que trata da mobilização legal do movimento de igualdade salarial nas décadas de 1970 e 1980 nos Estados Unidos. O autor detalha que enquanto as primeiras vitórias nos tribunais foram rapidamente substituídas por repetidas derrotas após a ascensão do movimento legal



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

conservador na década de 1980, o legado benéfico da mobilização legal foi capturado por sua capacidade de proporcionar experiências politizadoras para as mulheres trabalhadoras, de legitimar suas reivindicações por meio de um discurso de direitos familiar, forjar oportunidades políticas para a ação coletiva, aumentando as expectativas e cultivar uma consciência jurídica duradoura, abordando ainda que talvez a conquista mais importante do movimento tenha sido as transformações nos entendimentos, compromissos e afiliações de muitas mulheres trabalhadoras (MCCANN, 1994, p. 230). Essa concepção vai ao encontro do entendimento de Tushnet e Yarckle (1997, p. 75-76) quanto aos efeitos simbólicos, que se trata de compreensões acerca de quais são seus próprios valores e preferências, os quais satisfazem os atores sociais envolvidos.

César Garavito e Diana Franco (2010, p. 24-25) fazem a distinção de duas classificações, cada uma apresentando duas espécies, e que os cruzamentos dessas dá origem a quatro tipologias de efeitos. São essas que serão adotadas para avaliar os efeitos gerados pela declaração do Estado de Coisas Inconstitucional através da ADPF nº 347 no âmbito das audiências de custódia.

A primeira classe de efeitos da sentença alberga os efeitos diretos e indiretos. O primeiro consiste no comportamento exigido pela decisão e afetam os atores do caso, sejam eles os litigantes, os beneficiários ou os destinatários das ordens, ou seja, é a determinação judicial em si e para quem é destinada. O segundo são todos os tipos de consequências que, sem serem estipuladas nas ordens judiciais, são em decorrência da decisão e afetam não apenas os atores do caso, mas qualquer outro ator social. (GARAVITO, FRANCO, 2010, p. 24)

Os efeitos instrumentais envolvem mudanças tangíveis no comportamento de indivíduos ou grupos (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 41). São os instrumentos práticos voltados à ação. Em outras palavras, é a capacidade da decisão judicial de produzir determinada conduta nos indivíduos destinatários da sentença (GARCIA VILLEGAS, 2014, p. 49).

Os efeitos simbólicos consistem em mudanças de ideias e percepções sociais sobre o objeto do litígio. Em termos sociológicos, eles implicam em mudanças de cunho cultural ou ideológico em relação ao problema do caso (GARAVITO, FRANCO, 2010, p. 24). Esse tipo de efeito é constituído pela importância, relevância e incentivos que decorrem do



reconhecimento judicial dos direitos (EPP, 2008, p. 596) e pode ser orientado para a ação no sentido de que qualquer modificação da visão de mundo implica, ou pelo menos pode implicar, modificações de conduta. Assim, o efeito simbólico pode ser destinado a produzir determinados comportamentos que a decisão busca alcançar (GARCIA VILLEGAS, 2014, p. 51).

Com isso, a partir do cruzamento das duas classificações dá-se origem a quatro tipos de efeitos: a) efeitos instrumentais direto, a exemplo, a emissão de uma norma ou a execução de uma obra pública ordenada pelo juiz; b) efeitos instrumentais indiretos, como a entrada para o debate de novos atores sociais —ONGs, financiadores, entidades públicas— atraídos pelas oportunidades de incidência aberta pela sentença; c) efeitos simbólicos direto, por exemplo, a modificação da percepção pública do problema, quando este passa a ser concebido na linguagem dos direitos humanos utilizados pelos tribunais; e d) efeitos simbólico indireto, tal qual a transformação da opinião pública sobre a gravidade ou urgência da questão (GARAVITO, FRANCO, 2010, p. 24). Após essas explanações, aspectos concretos em torno da implementação das audiências de custódia serão analisados, a fim de perquirir a eficácia da jurisdição constitucional neste ponto.

#### **4. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA, RESOLUÇÃO Nº 213/2015-CNJ E O PROGRAMA “JUSTIÇA PRESENTE”**

A audiência de custódia trata-se de uma ação prevista em acordos internacionais nos quais o Brasil é signatário, mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. O Conselho Nacional de Justiça elucida que é uma oitiva de curta duração, em média 10 minutos, em que o autuado, acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Também deverá ser avaliado pela autoridade judicial se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão (BRASIL, 2016, p. 10).



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

O instrumento tem por escopo assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado. Ela garante ao autuado seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, além de permitir o conhecimento de possíveis casos de maus-tratos e tortura, devendo o juiz tomar as providências necessárias diante desses. Com isso, a intenção é evitar prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente. (BRASIL, 2016, p. 10)

Os resultados possíveis da audiência de custódia são o relaxamento de eventual prisão ilegal; a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança; a substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas; a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; a análise do cabimento da mediação penal, o que evita a judicialização do conflito e corrobora para a instituição de práticas restaurativas; os encaminhamentos de natureza assistencial, como também os de providências para a apuração de eventual prática de maus-tratos ou de tortura durante a prisão. (BRASIL, 2016, p. 10) Após a conceituação, o intento nesse tópico é trazer uma sequência cronológica acerca das audiências de custódia no Brasil até o ano de 2020, com os resultados apresentados pelo programa Justiça Presente, sem embargo da apresentação dos óbices identificados ao longo da implementação das audiências de custódia no Brasil.

No Brasil, o instrumento foi incorporado a partir da adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, com a promulgação do Decreto nº 592/1992, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>8</sup>, a partir do Decreto nº 678/1992<sup>9</sup>. É imperioso destacar que

<sup>8</sup> Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

<sup>9</sup> Ambos os decretos trazem em anexo os respectivos atos internacionais. Quanto ao conteúdo acerca da audiência de custódia, versa o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu art. 9.3: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.” (BRASIL, 1992A). A Convenção Americana de Direitos Humanos cita em seu art. 7.5: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

esses atos internacionais, a partir do momento de sua promulgação, já possuem força normativa de lei, inclusive havendo nos dois decretos a menção de que seriam cumpridos em sua integralidade<sup>10</sup>. No entanto, o que ocorreu na realidade foi um intervalo de quase 23 anos para que se iniciasse o cumprimento dos acordos internacionais os quais o Brasil é signatário.

O prelúdio da implementação das audiências de custódia aconteceu meses antes do julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347. Consoante informações do Conselho Nacional de Justiça, o projeto piloto iniciou em fevereiro de 2015 no estado de São Paulo a partir do Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Até o julgamento da já mencionada ADPF, já existia o termo de cooperação pactuado com os Tribunais de Justiça de 17 estados (BRASIL, 2021, p. 8-10). Com isso, é imprescindível mencionar que a instituição das audiências de custódia no Brasil não aconteceu somente por força da decisão da ADPF nº 347, mas também não se pode desmerecer a importância do julgamento para tal feito, pois foi a partir dele que obteve mais impulso, inclusive de caráter técnico, com a designação do CNJ para regulamentar e acompanhar a implementação no país.

Conforme já referido no tópico anterior, no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347 que visava à implementação das audiências de custódia em todo o Brasil, esse pedido foi bem recepcionado pelos ministros da Corte, gerando discussão, entretanto, acerca da sua efetiva execução em um prazo curto (90 dias), conforme constava no pedido da ação, já que o Brasil é um país de grandes dimensões e dificuldades e isso poderia acarretar problemas para sua concretização. De fato, o que se temia aconteceu e isso será mostrado a seguir.

Como o CNJ já era o órgão responsável pela implantação das audiências de custódia, após a decisão da ADPF nº 347 permaneceu com essa incumbência. Após a declaração do ECI, em setembro de 2015, os Tribunais de Justiça de mais 9 estados e do Distrito Federal, como também os Tribunais Regionais Federais (TRFs) das 5 regiões assinaram o termo de cooperação

---

Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.” (BRASIL, 1992B)

<sup>10</sup> Decreto nº 592/1992: “Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.” (BRASIL, 1992A); Decreto nº 678/1992: “Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.” (BRASIL, 1992B)



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

junto ao CNJ e antes do fim do ano de 2015<sup>11</sup> já se tinha o compromisso de todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais em implantar as audiências de custódia (BRASIL, 2021, p. 10).

Em decorrência desses acordos, em dezembro de 2015 foi publicado o primeiro ato normativo, a Resolução nº 213/2015-CNJ, com o intuito de regulamentar os procedimentos para a realização da audiência de custódia. A mencionada resolução possui 17 artigos, de caráter técnico e objetivo, discorrendo uma sequência de providências e procedimentos necessários para o funcionamento do instrumento, a utilização de sistema próprio, a atuação dos Tribunais, prazo de implementação, a menção dos órgãos fiscalizatórios e início de sua vigência<sup>12</sup> (BRASIL, 2015C).

Com o intuito de acompanhar o cumprimento tanto da decisão da ADPF nº 347, quanto o disposto na Resolução nº 213/2015-CNJ<sup>13</sup>, o Conselho Nacional de Justiça instaurou um processo interno – o Acompanhamento de Cumprimento de Decisão (Cumprdec) nº 0000134-95.2016.2.00.0000. Foi a partir desse que se vislumbrou os problemas de diversas nuances atinentes a implantação das audiências de custódia.

Não obstante o entusiasmo do CNJ, vide os acordos firmados com os TJs e TRFs, chegando a afirmar que ainda em 2015 se tinha encerrado o ciclo de implantação do mencionado instrumento (VASCONCELLOS, 2015), a realidade encontrada no processo de acompanhamento foi adversa a tal júbilo. De fato, as audiências de custódia tinham chegado a todos os estados do país, tanto na jurisdição estadual como na federal, mas isso não significava que alcançava a todos os indivíduos que dela precisasse. Explico.

Em algumas unidades da federação, esse tipo de audiência ficou restrito às capitais, vide a dificuldade de implantação nas comarcas do interior e outros percalços apresentados. Situação contrária do que pensou o ministro Luiz Fux em discussão acerca do prazo a ser dado para implementação, aduzido no capítulo anterior. A evidência dessa afirmação consta nos autos do

<sup>11</sup> O último acordo de cooperação assinado foi o do Distrito Federal em 14/10/2015.

<sup>12</sup> A vigência iniciou em 1º de fevereiro de 2016. Essa informação é importante, pois, para o CNJ, é o marco inicial para contabilizar o prazo de implementação das audiências de custódia por parte dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

<sup>13</sup> “Art. 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.”



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

já mencionado processo interno do CNJ.

No dia 30/07/2018, 34 meses após o julgamento da ADPF nº 347 e 30 meses após o início da vigência da Resolução 213/2015-CNJ, o então conselheiro responsável pelo processo, o juiz Márcio Schiefler Fontes, em uma decisão bastante realística, pontuou as informações prestadas por todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais acerca da implantação das audiências de custódia. Diversas foram as justificativas e apontamentos para o não cumprimento da já referida Resolução, dentre elas a subalimentação do Sistema de Audiências de Custódia (SISTAC), não realização das audiências nos fins de semana, problemas logísticos para apresentação do preso no prazo de 24 horas, entraves materiais para a expansão do instrumento para as comarcas, muitas das quais sem realizar as audiências, impossibilidade de se efetuar escoltas dos presos nos fins de semana, falta de estrutura das comarcas para a realização das audiências, crise financeira estadual que impede o deslocamento diário de viaturas, dificuldade no uso da videoconferência, instabilidade da internet (BRASIL, 2018).

A partir da análise das informações, o conselheiro reconheceu o esforço dos TJs e TRFs. Contudo, afirmou que não se dava o cumprimento integral à Resolução 213/2015-CNJ e para alcançar esse fim, estendeu o prazo por mais 60 dias, com o encaminhamento das informações para verificar a efetivação e eventual autuação dos procedimentos cabíveis (BRASIL, 2018). A última movimentação do processo foi no dia 15/02/2022, porém sem nenhuma decisão mais atualizada acerca da implementação das audiências de custódia<sup>14</sup>. Um dos fatores para tal feito não foi o desinteresse em acompanhar a medida, mas a entrada do programa “Justiça Presente” em janeiro de 2019 que tinha por um de seus intentos a efetivação das audiências de custódia.

O programa foi proposto como um plano nacional com ações customizadas a cada unidade da federação, com a colaboração de atores locais e alocação de 27 coordenadores estaduais e 27 consultores em audiência de custódia para apoiar a implementação dos planos executivos. Atuou com foco de incidência no Judiciário, mas com colaboração com os demais

<sup>14</sup> Na consulta pública do processo, observa-se diversas juntadas de petição de informações e despachos após a decisão de julho de 2018, porém os despachos eram de cunho administrativo e como essa análise não era o objeto principal da pesquisa, não foi pedido ao CNJ um possível acesso ao processo. Ou seja, o processo não estava na inércia, mas o acesso a informações constante nele é restrito.





## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

poderes públicos e com a sociedade civil, considerando a natureza interinstitucional que caracteriza o funcionamento do sistema penal e do socioeducativo, buscando, ainda, o fortalecimento de iniciativas de sucesso de gestões anteriores. (BRASIL, 2020A, p. 13)

Durante o período de janeiro de 2019 a setembro de 2020, para garantir maior adesão à Resolução CNJ 213/2015 foram realizadas capacitações e formações via escolas da magistratura, criação de redes de estudos e alinhamentos com as políticas de alternativas penais e monitoração eletrônica, segundo diretrizes nacionais do DEPEN, como também a padronização de fluxos nas audiências de custódia em todo o país de acordo com a Resolução CNJ 213/2015, a qual é uma das formas de garantir maior unidade e previsibilidade na prestação de justiça. (BRASIL, 2020A, p. 30)

O Justiça Presente trabalhou com diferentes atores do sistema penal para construir um modelo replicável em larga escala. Para o alcance de resultados implantou e/ ou aperfeiçoou equipe psicossociais implantadas e/ou aperfeiçoadas; fomentou a interiorização nos 4 Tribunais<sup>15</sup> que ainda não haviam implantado as audiências de forma a abranger todas as comarcas; melhoramento de estruturas do Núcleos de Audiência de Custódia, via atos normativos; e aprimoramento de estrutura concernente a fluxo e arquitetura (BRASIL, 2020A, p. 32). Seus resultados no período de vigência, entre janeiro de 2019 e janeiro de 2020, no tocante à audiência de custódia, podem ser considerados promissores. Houve uma queda de mais de 7% na conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva; aumento de 17% na quantidade de encaminhamentos para proteção social; aumento de 91% no número de capitais com atendimento à pessoa custodiada; aumento de 81% no registro de casos com indícios de tortura e maus-tratos; redução no uso de algemas; Aumento de mais de 80% de audiências registradas no SISTAC (BRASIL, 2020A, p. 38)

A partir da análise do Relatório Unidades da Federação Justiça Presente (BRASIL, 2020B), é inegável que o programa impulsionou a implementação e aprimoramento das audiências de custódia, no entanto não se pode deixar de destacar que até setembro de 2020 ainda havia 4 Tribunais de Justiça sem audiências de custódia em todas as comarcas, ou pelo

---

<sup>15</sup> TJBA, TJRN, TJRR e TJTO.

menos com projetos de polos de atendimento<sup>16</sup> para a realização das mesmas albergando mais comarcas. Ou seja, passados 5 anos da decisão da ADPF nº 347, uma de suas cautelares ainda não era uma realidade para os indivíduos que precisavam ser apresentados a um juízo após 24 horas de sua prisão<sup>17</sup>.

Um outro fator que prejudicou ainda mais o andamento da audiência de custódia foi a gravosa situação de saúde, a declaração da pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS) devido o vírus SARS-COV-2, também conhecido por COVID-19. Após a afirmativa, o CNJ expediu a Recomendação nº 62 em 17 de março de 2020, com o estabelecimento de procedimentos e regras que visavam a prevenção à infecção e propagação do vírus e evitar contaminações em larga escala (BRASIL, 2020C, p. 2).

No tocante às audiências de custódia, foi recomendada a não realização das mesmas durante o período de restrição sanitária, com algumas orientações adicionais, inclusive que, se fosse possível, realizá-las por meio de vídeo conferência (BRASIL, 2020C, p. 6). Atualmente<sup>18</sup>, não estamos nos mesmos moldes restritivos de 2020, vide a vacinação da população que está permitindo o retorno gradativo as atividades normais, porém a Recomendação nº 62/2020, que tinha uma vigência inicial de 90 dias, podendo ser prorrogada ante a observação da situação da pandemia, postergou-se até dezembro de 2020.

#### **4.1 Audiências de custódia e o tempo para implementação**

A implementação das audiências de custódia teve uma atenção diferenciada, principalmente por parte do Conselho Nacional de Justiça. Nessa linha, o CNJ já tinha a adesão de mais da metade dos Tribunais de Justiça antes da decisão da ADPF nº 347, mas foi essa que permitiu um maior impulso, com a regulamentação através da Resolução nº 213/2015 e um

<sup>16</sup> Conforme o relatório das unidades da federação (BRASIL, 2020B) essa foi a solução de muitos Tribunais de Justiça para conseguir realizar as audiências de custódia, vide fatores complicadores como logísticos e estruturais.

<sup>17</sup> Uma pesquisa bastante pertinente sobre o tema seria uma análise qualitativa acerca das audiências de custódia. Sabe-se que o fato de se ter implantado não significa que essas estão acontecendo da forma almejada. Infelizmente, durante o curso da presente pesquisa não seria possível realizar tão feito, mas deixo a sugestão para pesquisas futuras, inclusive de cunho local (adentrando em apenas um Tribunal de Justiça ou uma comarca, por exemplo), possibilitando uma análise criteriosa.

<sup>18</sup> Maio de 2022.



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

monitoramento a partir de um processo de acompanhamento da decisão.

O problema nesse caso residiu no curtíssimo tempo para implantação. O pedido da petição inicial, de fato foi em 90 dias, porém já no julgamento alguns ministros foram céticos quanto ao prazo restrito, inclusive comentando que o não cumprimento no prazo estipulado poderia acarretar um alto volume de reclamações (BRASIL, 2015B). A partir de uma busca no sítio do STF<sup>19</sup>, foram encontradas 492 Reclamações Constitucionais no período de 2015, pós-julgamento da ADPF, à 2020. Dessas, destacam-se a Reclamação nº 27.206/RJ, na qual foi determinado que o Tribunal de Justiça do RJ observasse a obrigatoriedade de realizar audiências de custódia também nos delitos envolvendo a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), no prazo máximo de 24 horas contadas do momento da prisão (BRASIL, 2019B, p.5) como também pedido de extensão apresentado na Reclamação nº 29.303/RJ, obrigando, a todos os estados do Brasil, a realização de audiência de custódia em todas as modalidades de prisão (BRASIL, 2021, p. 6)<sup>20</sup>. Ou seja, ampliações quanto ao uso da audiência de custódia podem ser benéficas ao sistema prisional, visto que as prisões provisórias, em tese, serão melhor avaliadas antes de se concretizarem.

Contudo, tem que se reconhecer que são quase 500 reclamações<sup>21</sup> que chegaram ao STF sustentando a não observância da decisão da ADPF nº 347. Um dos motivos que proporcionou esse volume de ações relacionava-se ao descumprimento do prazo para implementação da audiência. Consoante já salientado, até o final de 2020 – 5 anos após a decisão - se tinha a confirmação de 4 Tribunais de Justiça<sup>22</sup> que ainda não tinham aderido ao instrumento nas comarcas do interior dos estados.

A Corte deveria ter sido mais realista com a medida. Um prazo de 90 dias era desarrazoado para implantar um instrumento que demandava não só do Judiciário, como também do Executivo, visto que teria que envolver a polícia para realizar a escolta do preso. Essa foi inclusive uma das justificativas de dois Tribunais para esclarecer os motivos da não

<sup>19</sup> Critérios utilizados: busca geral “audiência de custódia”; data de julgamento de 10/09/2015 a 31/12/2020; classe Rcl.

<sup>20</sup> Em que pese a decisão ser de 2021, fora do período determinado na metodologia dessa pesquisa, no levantamento das Reclamações, ela estava presente pois foi protocolada em 2017.

<sup>21</sup> A pesquisa foi basicamente quantitativa, não adentrando nos resultados das decisões.

<sup>22</sup> TJBA, TJRN, TJRR e TJTO (BRASIL, 2020A, p. 32)



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

implementação em todas as comarcas.

Isso gera mais uma fragilidade para a decisão, pois a falta do cumprimento dos prazos estipulados traz insegurança de como se comportará os futuros planos de ação quando for julgado o mérito. Como elencado anteriormente, os litígios estruturais, tal como a declaração do ECI no sistema penitenciário, o alcance de resultados é de médio a longo prazo, não tendo respostas imediatas, contudo não esclarecer essa situação e não estabelecer prazos contundentes permite que o planejamento seja desacreditado e os resultados pouco valorizados.

A partir dessas considerações, o efeito gerado a partir da não observância do prazo de implementação das audiências de custódia deve ser classificado como um efeito simbólico indireto, visto a importância dessas para a decisão, mas a demora gera descrédito para a Corte. Em que pese os problemas acerca das audiências de custódia, não se pode deixar de analisar os feitos com a implantação do instrumento e, conseqüentemente, o impacto no sistema penitenciário. Durante o período de 2015 a 2020, conforme informações do Sistema de Audiências de Custódia (SISTAC) do CNJ, tiveram 670.724 audiências com a prisão preventiva de 399.599 pessoas e a liberdade concedida a um total de 270.281 indivíduos e 844 prisões domiciliares (BRASIL, 2022B). Ou seja, em 42% das audiências foi reconhecida como desnecessária a prisão, evitando assim um aumento das prisões provisórias.

Apesar das críticas acerca da efetividade das audiências de custódia perante os grandes problemas dos cárceres brasileiros<sup>23</sup>, concordo que estas não resolvem a situação da população já existente nos presídios, no entanto é perceptível que o instrumento pode evitar um maior agravamento da situação, impedindo um desnecessário aumento da quantidade de presos. Tomando por base os números apresentados, no período da pesquisa, mesmo com todos os problemas circundantes das referidas audiências, evitar que mais de 270 mil pessoas adentrem nos presídios é um feito que merece ser visto de forma positiva.

Os resultados também são vislumbrados também na redução do percentual de presos provisórios. Em 2015, na petição inicial, o PSOL advertiu o alto volume de presos provisórios, que estavam atingindo patamares de 41% em relação ao total de presos (BRASIL, 2015A, p.

---

<sup>23</sup> Vide MAGALHÃES (2019B).



31). De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias<sup>24</sup>, no segundo semestre de 2020 esse percentual estava em torno de 29%<sup>25</sup> (BRASIL, 2022C). A redução das prisões desnecessárias, como também outras ações do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do CNJ proporcionaram que houvesse essa desaceleração nas prisões provisórias. Assim, é possível sustentar que, quanto às audiências de custódia e seus resultados, o efeito é considerado instrumental direto, uma vez que ocorreu a concretização das ordens judiciais com efeitos para quem se beneficia dessas.

## **5. CONCLUSÃO**

Ao adentrar no estudo de caso da ADPF nº 347, é impossível não se indignar com os fatos narrados na ação e comprovados através das diversas investigações sobre o assunto. Também não precisa ser nenhum estudioso do assunto para saber sobre a situação degradante do sistema penitenciário nacional, vide as recorrentes notícias na grande mídia sobre o tema e que sempre ressaltam uma população carcerária acima da capacidade do sistema prisional, presos que tem negligenciados todos os seus direitos básicos e até fisiológicos, sem lugar para dormir, sem vestimenta adequada, sem um local adequado para um banho<sup>26</sup>.

Não se pode negligenciar essa situação como se não fosse um problema de toda a sociedade, no entanto a ideia incrustada em nosso meio social acerca dos presos não é das melhores e isso reverbera na omissão do Poder Público, visto a impopularidade desse tema e a falsa sensação que tratar do sistema penitenciário significa dar privilégios aos apenados. Então, foi nesse cenário que aconteceu a declaração do ECI, para tentar superar toda a situação de flagelo dos presídios brasileiros. O Supremo Tribunal Federal assumiu, conforme a doutrina sobre o assunto, a incumbência de monitorar ações que visassem superar tal inconstitucionalidade. Quanto à audiência de custódia, hoje pode-se dizer que é uma realidade em grande parte do país, porém o prazo para sua implantação excedeu exorbitantemente, o que

<sup>24</sup> Sistema ligado ao Departamento Penitenciário Nacional.

<sup>25</sup> Conforme o sistema, o total de presos provisórios até o segundo semestre de 2020 era de 234.845 e o total da população carcerária de 807.145 presos (BRASIL, 2022C).

<sup>26</sup> Essas e outras afirmações acerca dos presídios também estão presentes em BRASIL (2015A).





## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

## UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

gera uma desconfiança acerca da efetividade do ECI, afinal o que era 90 dias foram 5 anos e ainda com pendências.

Em que pese os problemas existentes ao longo desse período avaliado que foi desde o julgamento da ação em setembro de 2015 até o fim do programa do CNJ “Justiça Presente” em setembro de 2020, conforme avaliado durante a pesquisa, é justificável a continuidade do ECI no sistema jurídico brasileiro. Diz-se isso porque, a partir da análise dos dados anteriormente efetivada, pode-se sustentar que a jurisdição constitucional contribuiu para a implementação gradual das audiências de custódia, perfazendo um importante efeito instrumental na respectiva decisão, superando o mero simbolismo.

### 6. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 225, nov. 2013, p. 389 – 410.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, ano 29, n. 1/2, p. 70-80, jan./fev. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. **Decreto no 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 02 mai. 2022 (A)

BRASIL. **Decreto no 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 02 mai. 2022 (B)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF – Distrito Federal**. Petição Inicial. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 23 mar. 2022. (A)



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF – Distrito Federal**. Medida Cautelar. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 23 mar. 2022. (B)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução no 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original153009202001105e1898819c054.pdf>. Acesso em 08 mai. 2022 (B)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Final Justiça Presente**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Relatorio\\_Gestao\\_web\\_121120.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Relatorio_Gestao_web_121120.pdf). Acesso em: 12 abr. 2022 (A)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Unidades da Federação Justiça Presente**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio\\_UF\\_web\\_1109\\_2.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_UF_web_1109_2.pdf). Acesso em: 12 abr. 2022 (B)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Audiência de Custódia 6 anos**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-6-anos-audiencia-custodia200121.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação no 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado164744202009165f6241b000b81.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022 (C)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213/2015-CNJ**. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_213\\_15122015\\_22032019145102.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf). Acesso em: 04 mai. 2022. 2015(C).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Acompanhamento de Cumprimento de Decisão (Cumprdec) nº 0000134-95.2016.2.00.0000**. Jurisdição CNJ. Data da Distribuição 15 jan. 2016. Órgão Julgador Gabinete Conselheiro Mauro Pereira Martins. Disponível em:



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=65cf4b87340d0dbd160987cd8042415039b484d172d84d8e>. Acesso em: 18 abr. 2022. 2018.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, p. 1281-1316, 1975. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr89&div=68&id=&page=>. Acesso em: 10 jan. 2022.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 217, p. 243-255, 2018. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p243](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243). Acesso em: 02 mai. 2022

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019.

FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, p. 1-58, 1979. Disponível em: [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The\\_Forms\\_of\\_Justice.pdf?sequence=2](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2). Acesso em: 18 jan. 2022

GARAVITO, César Rodriguez (org.). **Más allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodriguez; FRANCO, Diana Rodriguez. **Cortes y cambio social**: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. **La eficacia simbólica del derecho**: Sociología política del campo jurídico en América Latina. Bogotá: Debate, 2014.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

MCCANN, Michael W. **Rights at work**: Pay equity reform and the politics of legal mobilization. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de**



## A EFICÁCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

## UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS' EFFICACY IN BRAZIL: AN ANALYSIS CONCERNING CUSTODY HEARINGS' IMPLEMENTATION

**Palermo**, v. 1, n. 2, p. 41-82, 2014. Disponível em: [https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho\\_Ano1\\_N2\\_03.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf). Acesso em 03 mai. 2022

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**: can courts bring about social change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

TUSHNET, Mark; YACKLE, Larry. Symbolic Statutes and Real Laws: The Pathologies of the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act and the Prison Litigation Reform Act. **Duke Law Journal**, v. 47, n. 1, p. 1-86, 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=dlj>. Acesso em: 04 mai. 2022

VASCONCELLOS, Jorge. DF completa ciclo de implantação das audiências de custódia no país. **Agência CNJ de Notícias**. Data de Publicação: 14 out. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/df-completa-ciclo-de-implantacao-das-audiencias-de-custodia-no-pais/>. Acesso em: 07 mai. 2022

Recebido em: 06/03/2023;

Aprovado em: 19/04/2023.



Emanuel de Melo Ferreira<sup>1</sup>

### Resumo

A pesquisa e o ensino jurídicos podem se desenvolver de diversas formas, tendo em vista as variadas perspectivas nas quais determinado objeto de conhecimento pode ser estudado. Um dos tipos de pesquisa mais versáteis, por congregar aspectos teóricos e práticos, é o estudo de caso, compreendido como o desenvolvimento de uma investigação a partir de um robusto conjunto de fatos capazes de ensinar ao pesquisador, a partir da descrição da realidade, como teorizações podem ser efetivadas em prol da crítica a determinado estado de coisas. É nesse contexto que o presente artigo buscará investigar as possibilidades metodológicas do estudo de caso em torno da proteção ao regime democrático. Assim, buscará responder à seguinte indagação: como o referido tipo de pesquisa pode ser utilizado para descrever e criticar o poder do autoritarismo brasileiro, historicamente avesso à responsabilização? A partir de metodologia que leva a sério a história do direito no âmbito da facticidade jurídica, conclui-se sustentando que a maneira mais precisa de investigar o tema parte da análise do comportamento dos agentes chamados a decidir sobre legados da ditadura militar, perquirindo o grau de colaboração interinstitucional autoritária e de resistência constitucional desenvolvido.

**Palavras-chave:** metodologia de pesquisa; estudos de caso; colaboração interinstitucional autoritária; resistência constitucional.

### Abstract

Both legal teaching and research may be developed in several ways, looking the variety of perspectives which a certain object of knowledge may be studied. One of the most versatile research types, congregating practical and theoretical approaches, is the case study, understood as an inquiry on a robust set of facts able to teach to the researcher, through the description of reality, how theorization may be developed, seeking to promote a critic to a certain state of affairs. In this scenario, this paper aims to investigate case study's methodological possibilities concerning democracy protection. Thus, it aims to respond: how that type of research may be used to describe and criticize Brazilian authoritarian power, historically reverse to accountability? Using a methodology that takes history of law seriously in the context of factual legality, the text concludes that the most accurate form of investigating the theme begins from the analysis of private agents and official's behavior on military dictatorship legacies, asking for the level of interinstitutional authoritarian collaboration and constitutional resistance.

**Key-words:** research methodology; case study; interinstitutional authoritarian collaboration; constitutional resistance.

<sup>1</sup> Professor Assistente da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN-Mossoró). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional (UFC). Especialista. Procurador da República. Contato: emanuelmelo@uern.br.



## **1. INTRODUÇÃO**

A pesquisa e o ensino jurídicos podem se desenvolver de diversas formas, tendo em vista as variadas perspectivas nas quais determinado objeto de conhecimento pode ser estudado. Análises teóricas, práticas, descritivas, prescritivas, quantitativas e qualitativas podem ser empregadas a partir de metodologias críticas, indutivas ou dedutivas capazes de produzir conhecimento científico ou filosófico tipicamente desenvolvidos nas Universidades. É nesse cenário complexo que a epistemologia, geral e jurídica, desenvolve teorizações sobre a progressivo avanço do racionalismo humano em prol de novas descobertas, mesmo em momentos de acentuada crise da democracia com marcas anti-intelectuais.

Um dos tipos de pesquisa mais versáteis, por congregar aspectos teóricos e práticos, é o estudo de caso, compreendido como o desenvolvimento de uma investigação a partir de um robusto conjunto de fatos capazes de ensinar ao pesquisador, a partir da descrição da realidade, como teorizações podem ser efetivadas em prol da crítica a determinado estado de coisas. No atual cenário no qual o autoritarismo avança sob variadas formas no mundo, é importante compreender as especificidades do processo brasileiro levando em conta a história constitucional marcada pela politização das Forças Armadas e persistentes legados da ditadura civil-militar, mesmo após a redemocratização com a Constituição de 1988.

É nesse contexto que o presente artigo buscará investigar as possibilidades metodológicas do estudo de caso em prol da proteção ao regime democrático. Dentre aquelas variadas abordagens, buscará responder à seguinte indagação: como o referido tipo de pesquisa pode ser utilizado para descrever e criticar o poder do autoritarismo brasileiro, historicamente avesso à responsabilização? A metodologia empregada para enfrentar tal problemática aplica elementos da história do direito e, especificamente, do constitucionalismo brasileiro, para reconhecer a importância central da colaboração entre civis, ou destes com militares, no desenvolvimento de variadas formas de ataque ou de proteção ao sistema constitucional. As virtudes em torno de tal metodologia serão investigadas no texto, explorando a potencialidade da descrição mais abrangente do processo de erosão da democracia a partir do reconhecimento da atuação coordenada de diversos agentes, públicos ou privados.

O texto desenvolve-se a partir de considerações introdutórias sobre a teoria do

conhecimento aplicada ao estudo de caso, aprofundando as características deste. Em seguida, o tema da interação em prol da democracia e dos legados da ditadura militar será analisado de modo crítico, buscando-se lançar as ferramentas investigativas necessárias para a compreensão do papel dos diversos agentes civis na aceitação do autoritarismo ou no exercício da resistência constitucional. Conclui-se sustentando que a metodologia proposta para investigação dos casos pode esclarecer melhor a conflituosa relação do poder militar com a democracia quando utiliza como recorte, por um lado, a relevante contribuição que autoridades civis efetivam com os militares. Por outro lado, reconhecendo a existência de práticas de resistência ao autoritarismo, a metodologia busca destacar a importância em se analisar o grau de eficácia envolvido nas condutas civis que lutam contra a politização militar.

## **2. ESTUDO DE CASO E A IDEOLOGIA POLÍTICA DO PESQUISADOR NA ANÁLISE DA TRIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO**

Dentre os variados tipos possíveis de pesquisas jurídicas, o estudo de caso consiste numa análise cujo ponto de partida é a realidade, compreendida como um conjunto de fatos os quais perfazem o objeto de conhecimento. Ele se desenvolve a partir da investigação de diversas fontes, tais como: a) a atuação de movimentos sociais; b) a prática institucional envolvendo os mais numerosos agentes públicos, como políticos, membros do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Advocacia ou da própria academia. Um importante aspecto fático em torno da investigação do caso, assim, é aquele voltado para a atuação profissional daqueles agentes, buscando investigar como eles, efetivamente, comportam-se diante da aplicação de certa norma jurídica<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro elencam diversos tipos de estudo de caso: a) estudo de caso institucional, objetiva estudar certa instituição, sendo essencial, antes da pesquisa em si acerca de sua história e características, reunir o máximo de dados pertinentes, de acordo com o recorte efetivado em torno do que é relevante para a investigação, como aspectos ideológicos, estrutura, organização, a referida história, etc. Pode focar, assim, no Poder Judiciário, Parlamento, Partidos Políticos, ONG's, etc; b) estudo de caso de categoria aplicada, no qual imagina-se um cenário concreto ou hipotético e analisa-se se ele pode ocorrer na prática. Exemplo: caso da perda do mandato por infidelidade partidária antes de a jurisprudência admitir tal consequência; c) estudo de caso factual, como uma greve, aprovação de uma lei ou manifestação política; d) estudo de caso comparado, possibilita estabelecer relações comparativas entre dois ou mais casos específicos, buscando analisar as conexões entre eles. Pode-se comparar os casos nas mais diversas formas de abordagem ora em análise. Assim,

Há, pelo menos, duas grandes tradições no âmbito das pesquisas jurídicas: a) uma mais clássica, voltada para pesquisa a partir da atividade parlamentar e dos precedentes judiciais, buscando compreender as normas daí resultantes, conferindo coerência entre elas; b) outra que emergiu no final de 1960, voltada para análise contextuais do direito, apresentando como ponto de partida não aqueles materiais antes descritos, mas a realidade social na qual o direito está inserido, podendo o próprio direito ser um problema. (MCCONVILLE; CHUI, 2007, p. 1) É possível sustentar que o estudo de caso pode congrega ambas as categorias, pois, apesar de ser importante compreender e buscar algum tipo de sistematicidade mais abstrata ao direito em termos de validade, tal tarefa é incompleta quando a facticidade, especialmente a partir da história constitucional de um Estado marcado por períodos autoritários, não é levada a sério.

Investigar um fenômeno que apresente interesse para o direito, compreendido, preliminarmente, como criação humana a partir da qual se tem algum tipo de interação entre fatos, valores e normas, constitui desafio complexo ante a diversidade de abordagens metodológicas possíveis de serem efetivadas em quaisquer daqueles âmbitos da juridicidade. A necessidade de regulação da conduta humana, a partir de normas prevendo obrigações, ou a criação de instituições, efetivada por regras atribuindo competências, pode ser investigada de modo predominantemente descritivo, nos termos do positivismo jurídico (HART, 2012), ou mais salientemente valorativo, quando se tem a fixação de um propósito ou finalidade capaz de propiciar uma interpretação à melhor luz possível. (DWORKIN, 1986)

O famoso debate entre Hart e Dworkin na filosofia do direito, obviamente, não esgota as possibilidades metodológicas para compreensão da juridicidade, especialmente levando em conta a realidade de Estados ditos periféricos como Brasil, marcados, por exemplo, por histórica politização das Forças Armadas (LENTZ, 2022; FERREIRA, 2019) e uso autoritário do direito. (PEREIRA, 2010) Nesse contexto, a filosofia do direito brasileira oferece um ponto de partida importante para a introdução dos fatos históricos nacionais para elucidação do fenômeno jurídico, como sustenta Miguel Reale.

Assim, veja-se que, no prefácio da 5ª. edição da obra *Teoria Tridimensional do Direito*,

---

não se trata, a princípio, de exercício de direito comparado, mas sim de comparação entre casos; e) estudo de processos judiciais e/ou administrativos. (MEZZAROBBA; MONTEIRO, 2014, posição 1571-1609)



Miguel Reale é consciente acerca da necessidade e da importância de se buscar um pensamento jurídico nacional a partir da influência que sua teoria tem apresentado, destacando que os brasileiros “já não nos limitamos a reproduzir passivamente a Filosofia elaborada alhures”. (REALE, 1994, p. XI) De modo semelhante, no prefácio da 2ª. edição, o autor mostra seu contentamento com a inclusão do seu texto na obra *Juristas Perenes* pela Universidade do Chile, em Valparaíso, destacando que “as perplexidades e anseios inerentes à nossa vida cultural, na totalidade das suas projeções, desde as artísticas às econômicas e políticas, refletem-se no sentido de soluções jurídicas concretas, vinculadas à experiência e aos valores da vida cotidiana”. (REALE, 1994, p. XIII) Também no prefácio à primeira edição de 1967, tem-se a importância da realidade para o autor, sustentando que é um requisito de validade para a teoria “atender às exigências da sociedade atual, fornecendo-lhe categorias lógicas adequadas à concreta solução de seus problemas”. (REALE, 1994, p. XVII) Com isso, o autor já busca deixar claro como sua filosofia do direito é concreta, valorizando a experiência, buscando “harmonizar a lógica das regras jurídicas com as exigências reais da vida social”. (REALE, 1994, p. XIV)

O autor revela-se um crítico da mera abordagem conceitual do direito, reconhecendo a importância da filosofia analítica, mas, ao mesmo tempo, denunciando um “aparelhamento conceitual” o qual “passou a valer em si e por si, esterilizando-se em esquemas fixos, enquanto a vida prosseguia, sofrendo aceleradas mutações em seus centros de interesse”. (REALE, 1994, p. 3) Reale aponta que um dos fatores que levou ao novo interesse pela Filosofia do Direito foi, justamente, a realidade fática que colocava em xeque os limites da codificação como instrumento definitivo da juridicidade, contrapondo a escola de exegese com o movimento do direito livre. (REALE, 1994, p. 5-6) Assim, os filósofos do direito também buscam sair das abstrações, aproximando-se cada vez mais da experiência jurídica, ou seja, da atuação prática dos juízes e advogados numa realidade na qual se busca justiça social e um Estado Democrático pautado pela solidariedade. (REALE, 1994, p. 8-10)

Esse profissionalismo já foi apontado como uma das causas da crise da pesquisa jurídica brasileira, no sentido de que, estando os juristas ocupados com os afazeres do cotidiano, acabam não tendo interesse em fazer estudos aprofundados sobre determinado tema. (ALDEODATO,

1999) Por outro lado, é necessário analisar tal cenário no contexto das possíveis interações entre academia e vida profissional, especialmente considerando a metodologia em torno do estudo de caso, conferindo realidade para as teorizações desenvolvidas e enriquecendo ainda mais os trabalhos, mesmo os eminentemente teóricos<sup>3</sup>. Essa compreensão prática da pesquisa jurídica atrai as considerações de Miguel Reale acerca do direito como experiência numa perspectiva tridimensional, como elencado.

Apesar de tal compreensão tridimensional e concreta ser importante, ela compreende, como dito anteriormente, somente um ponto de partida, o qual merece ser contextualizado e complementado para afastar a visão conservadora da realidade que Miguel Reale ostentava. Nessa linha, o autoritarismo brasileiro não era um problema para o autor, pois considerou o golpe militar de 1964 como “Revolução de março” (REALE, 1965), além de ter, na juventude, filiado-se ao integralismo. (CABRAL, 2014) Não se está sustentando que a biografia política de um autor, necessariamente, influencie no desenvolvimento do respectivo pensamento jurídico, sendo possível algum tipo de separação. No entanto, é importante reconhecer que a ideologia política conservadora de Reale implicou na compreensão da realidade histórica por ele efetivada e, como ela compõe um dos âmbitos do aspecto fático da juridicidade, a consequência é o desenvolvimento de um pensamento jurídico que acaba não sendo adequado à própria sociedade para a qual deveria servir, pois também existe espaço para compreensões democráticas do poder no Brasil.

Paulo Bonavides denunciou a tese da neutralidade ideológica dos juristas (BONAVIDES, 2001, 66), tendo autores como Ronald Dworkin, declaradamente, desenvolvido teorias do direito a partir de compreensão liberal, deixando tal premissa muito clara e expressa na respectiva obra. (DWORKIN, 2010, p. VII). Assim, a honestidade intelectual do autor é um dos elementos centrais na metodologia ora proposta, sendo ainda mais importante tendo em

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, é importante a lição de João Maurício Aldeodato, elencando as vantagens da conjugação entre teoria e prática: “Ainda que um trabalho de pesquisa possa ser predominantemente conceitual ou predominantemente empírico, o pesquisador deve ter o cuidado de explicitar as interrelações entre as duas formas de abordagem: se quiser conceituar a diferença entre a prescrição e a decadência, por exemplo, nada melhor do que juntar fatos reais e atuais, além da análise de precedentes, jurisprudência, casos concretos. Parece-nos, portanto, que um capítulo ‘empírico’ ou mesmo referências constantes a casos reais só têm a enriquecer um trabalho de pesquisa teórico.” (ALDEODATO, 1999)



vista que uma das marcas da política autoritária consiste, precisamente, em atacar e intimidar juristas que se colocam em defesa da Constituição, na medida em que somente esses são tidos como meros “ideólogos”. O estudo de caso pode contribuir para desmascarar essa estratégia de negação da ideologia antidemocrática quando comportamentos efetivos, para além da argumentação jurídica formalmente desenvolvida, são investigados pelo pesquisador.

A metodologia da pesquisa, assim, precisa levar a sério a ideologia política do pesquisador, já que não é possível uma neutralidade absoluta. A ciência e, conseqüentemente, o conhecimento dela decorrente, não pode ser considerado neutro por diversas razões: a) a pesquisa não se inicia no vácuo, havendo juízo de valor do pesquisador na própria escolha do tema e do referencial teórico adequado, o qual deve ser coerente com os estudos já existentes sobre o tema; b) a política condiciona de diversos modos a pesquisa, seja quando se leva em conta o momento histórico vivido pelo pesquisador ou as possíveis conseqüências sociais em pesquisar ou não certo tema. (MARQUES NETO, 2001, p. 58-59)

Por outro lado, deve ficar claro que o reconhecimento do papel da ideologia da formação do conhecimento não significa transformar o pesquisador em agente arbitrário, justificando-se a mera transposição de suas convicções para os resultados da pesquisa. Como isso pode ser prevenido, então? Segundo Agostinho Ramalho Marques Neto, a partir da crítica, ou seja, do permanente questionamento da própria ideologia do pesquisador, evitando-se, por exemplo, que preconceitos em torno de superioridade racial sejam transpostos para teorias sobre o ser humano, atendendo ao interesse de uma política nazista. (MARQUES NETO, 2001, p. 60-61)

A metodologia para o estudo do caso, assim, passa pelo controle honesto da ideologia política e não pela negação do impacto desta na pesquisa. Nesse sentido, Luiz Alberto Warat é um autor essencial para a compreensão crítica do direito, tendo desenvolvido com originalidade e pioneirismo entre os juristas brasileiros temas como o mito em torno da neutralidade jurídica, demonstrando o comprometimento político-ideológico do direito. (ROCHA, 1994, p. 10) O autor inicia a obra apontando o senso comum teórico dos juristas, a qual compreende “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito” (WARAT, 1994, p. 13), sendo o conceito importante para a compreensão da “dimensão ideológica das verdades jurídicas”. (WARAT, 1994, p. 13) A

função do senso comum é “preservar o segredo e esconder a verdade” (WARAT, 1994, p. 15) sendo importante conhecê-lo para denunciar a “impossibilidade de eliminar o campo ideológico da verdade”. (WARAT, 1994, p. 18)

Reconhecendo o caráter histórico do direito, admitindo que ele se transforma, indo além do aspecto descritivo, Roberto Lyra Filho (LYRA FILHO, 2017, p. 7) alerta acerca da equivocada redução da ideologia aos aspectos econômicos do modo de produção capitalista, ressaltando como o machismo, por exemplo, “se vai atenuando, em certas sociedades capitalistas, e resiste com mais vigor em determinados países de socialismo implantado, ao menos quanto à base material das relações de produção”. (LYRA FILHO, 2017, p. 14) Os intelectuais negros, de modo semelhante, já denunciam como a neutralidade da ideologia liberal pode, na verdade, esconder a mera vontade e manter a hierarquia social e o próprio racismo. (MOREIRA, 2019, p. 31)

Nesse contexto do autoritarismo brasileiro, os fatos precisam ser compreendidos também em relação a um passado persistentemente presente, havendo relevante papel a ser preenchido na pesquisa pela história do direito. Também neste âmbito, pensadores como Hespanha tem “uma convicção profunda de que a realidade histórica não se dá em espetáculo perante um observador neutral e submisso. A história é sempre, até certo ponto, uma construção do historiador” (HESPANHA, 1982, p. 7), devendo-se, por outro lado, perquirir se “a construção é enformada pelo puro arbítrio das concepções subjetivas do historiador acerca do homem e do mundo ou, em contrapartida, pelos dados, verificáveis, da actual teoria social”. (HESPANHA, 1982, p. 7)

Concluindo a seção, é importante pontuar, com Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro, o sentido no qual o estudo de caso é uma pesquisa qualitativa. Nele, tem-se um recorte radical no sentido de que o pesquisador vai aprofundar o conjunto de fatos que compõem o acontecimento objeto da pesquisa, levando em conta os fatores que influenciaram no desenvolvimento deles. Assim, trata-se de estudo sobre o real, ou seja, algo que podemos experimentar pelos sentidos, podendo ser objeto de metodologia dedutiva ou indutiva, não se limitando, assim, a mera descrição. (MEZZAROBÁ; MONTEIRO, 2014, posição 1546) É por isso que a compreensão do direito como um fenômeno tridimensional é necessário para a

pesquisa em estudo de caso, pois os fatos investigados comporão aspecto decisivo da juridicidade, especialmente quando se está diante de risco à própria ordem democrática. Na próxima seção, uma metodologia para se evitar que o estudo de caso limite-se à mera descrição da realidade será apresentada, levando em conta todas as premissas teóricas em torno da conexão entre ideologia política, história e direito anteriormente elencadas.

### **3. INTERAÇÕES EM PROL DA DEMOCRACIA E DA DITADURA MILITAR**

Como o caso deve ser estudado? Na seção anterior, constatou-se que tal tipo de pesquisa não se limita à mera descrição dos fatos, apresentando inegável conteúdo valorativo. Diante da igualmente mencionada pluralidade metodologia para abordar determinado problema, é importante perquirir qual seria o modo mais eficaz para compreender o autoritarismo, o que passa pelo reconhecimento do seu caráter difuso pelas instituições. Tom Daly, por exemplo, elenca o equívoco em se concentrar, unicamente, na análise da conduta do ex-Presidente Jair Bolsonaro no âmbito do Poder Executivo para buscar entender o poder do bolsonarismo. (DALY, 2021) Buscando desenvolver essa ideia é que a metodologia de pesquisa será adiante elencada.

Sendo assim, a presente seção apresentará o argumento central em torno de uma metodologia realista para estudo de casos envolvendo Justiça de Transição<sup>4</sup>, destacando dois fenômenos possíveis de ocorrer: a) a colaboração interinstitucional autoritária, quando há aceitação dos legados da ditadura militar por parte dos agentes envolvidos na questão; b) a resistência constitucional, quando algum tipo de conduta é adotada em prol da democracia, buscando-se controlar o poder militar. Como será demonstrado, tal modo de se visualizar a politização das Forças Armadas alcança níveis descritivos mais precisos, pois, apesar do poder do autoritarismo brasileiro, ele encontra obstáculos para se desenvolver em diversas instituições. A análise, assim, deve se deslocar do plano da existência para o nível de eficácia dessa resistência, fazendo com que o gradualismo e não análises unicamente polares (TOTH,

---

<sup>4</sup> A metodologia para investigação dos casos proposta neste texto, assim, busca superar o viés eurocêntrico, no contexto da metodologia tradicional de ensino jurídico não participativo já denunciado em pesquisas como a de Philippe Oliveira Almeida e Michel Guedes da Rocha. (ALMEIDA; ROCHA, 2021, p. 240-241)

2023) do fenômeno tenham assento mais proeminente na pesquisa.

Como é possível investigar as interações entre os mais diversos agentes públicos ou mesmo agentes da sociedade civil no contexto dos legados da ditadura militar? A questão situa-se no contexto mais amplo dos limites da pesquisa jurídica, envolvendo tempo e recursos materiais, como acesso às fontes documentais pertinentes. É importante reiterar que o estudo de caso não corresponde à mera análise isoladas de decisões judiciais, edições de leis ou demais atos normativos, pois, apesar de importantes, eles não conferem a amplitude necessária para compreensão de todo o fenômeno. A afirmação fica clara, por exemplo, quando se constata que uma decisão judicial pode ter omitido fatos relevantes do caso ou mesmo ter descrito, no relatório, argumentos das partes de modo incompleto. Além disso, pode ter ignorado deliberadamente documentos e demais fontes de prova presentes nos autos. Ora, somente com a análise integral destes é que o pesquisador, efetivamente, vai “estudar o caso”. Adiante, tanto a colaboração interinstitucional autoritária como a resistência constitucional serão analisadas, inicialmente de modo mais teorizado tendo, em seguida, a ilustração de alguns exemplos<sup>5</sup>.

### **3.1 A colaboração interinstitucional autoritária**

O autoritarismo difuso não pode ser compreendido como algo limitado às práticas de um poder ou instituição específicos, mas como uma interação entre eles, que ocorre em colaboração recíproca. Esta seção vai introduzir essa interação autoritária, buscando demonstrar a dificuldade em se isolar tal prática a uma única instituição. Conhecendo a forma de atuação autoritária coordenada, tem-se maior possibilidade de se traçar estratégias adequadas de enfrentamento, na medida em que se torna possível projetar quais serão as respostas das instituições com base nas posturas anteriormente adotadas em situações semelhantes.

No âmbito das práticas autoritárias estudadas, o aspecto colaborativo é demonstrado a partir de um forte componente epistemológico, no qual se tem um aprendizado recíproco a partir do respectivo engajamento, seja no interior de uma própria instituição ou na relação desta com outras. Tem-se tal fenômeno, por exemplo, quando determinada questão referente aos legados

---

<sup>5</sup> Para o aprofundamento dos casos, conferir, por exemplo, FERREIRA, 2022; PAIXÃO, 2022.

da ditadura é judicializada e um juiz utiliza uma tese autoritária para defendê-los, às vezes, inclusive, amplificando sua aplicação a uma dimensão não sustentada pela parte interessada.

Essa atuação conjunta somente pode ser compreendida a partir dos interesses ideológicos elencados na seção anterior, pois é a aceitação do autoritarismo brasileiro que explica boa parte das atuações coordenadas. A pretensa interpretação neutra do direito, assim, deve ser severamente criticada caso que queira garantir o projeto constitucional de 1988, a impossibilidade de um direito puramente objetivo, como sustentava Warat:

A vida prática do Direito, o conflito de interpretações introduz espaços de dúvida e ambiguidade que tornam impossível a caracterização do jurídico como uma ordem objetiva. Trata-se de interpretações que resultam de um conjunto de forças díspares que não respondem a nenhuma lógica unificadora. Elas surgem como resultado de uma luta que não se encontra garantida por nenhuma determinação ‘a priori’.  
(WARAT, 1994, p. 27)

Como sustenta Conrado Hubner Mendes<sup>6</sup>, a interação entre os poderes tem esse relevante componente epistêmico, podendo favorecer a melhor tomada de decisão ao longo do tempo. Nesse sentido, a instituição em melhores condições de proferir a “última palavra

<sup>6</sup> Agradeço ao professor Conrado Hubner Mendes pela crítica em torno das dificuldades em situar a interação institucional autoritária no âmbito da teoria dos diálogos no controle de constitucionalidade. Como se sabe, há, pelo menos, duas versões das teorias dialógicas: a) uma trata do “diálogo no interior da decisão judicial”, no qual o diálogo é exercitado pelos agentes que, ativamente (dando conselhos) ou passivamente (silenciando), levam em conta a necessidade de interação entre os demais poderes para tomar qualquer decisão, internalizando normativamente o diálogo; b) a outra trata do “diálogo como produto necessário da separação de poderes”, na qual a postura dialógica não é ativamente buscada, mas, mesmo assim, pode ocorrer como uma decorrência estrutural da forma como a separação de poderes resta configurada em certo sistema (MENDES, 2011, p. 107). Para os entusiastas da supremacia judicial, ou seja, da palavra final no Poder Judiciário, tem-se que “a destreza intelectual é mais importante que a capacidade para representar e equilibrar imparcialmente os interesses de todos os afetados pela decisão” (NINO, 1997, p. 260). Essa postura teórica tem sido levada ao extremo no Brasil, contribuindo para a criminalização da política e para a invisibilização dos sérios defeitos que a prática judicial apresenta. Na pesquisa efetivada, foi possível constatar um diálogo autoritário profícuo entre STF e Presidente da República no caso da nomeação dos Reitores nas Universidades Federais, conforme estudado no último capítulo. Ocorre que o relacionamento normalmente analisado no âmbito das teorias dialógicas refere-se ao Judiciário e ao Poder Legislativo, levando em conta que a possibilidade em não se admitir a última palavra definitiva na Suprema Corte a partir de diálogo com o Congresso Nacional na interpretação da Constituição. Logo, situar o autoritarismo nesse âmbito demandaria demonstrar como, por exemplo, STF e Congresso Nacional competiriam ou convergiriam em torno de uma interpretação autoritária da Constituição. Conceitualmente, é até possível imaginar esse cenário, mas, como a presente pesquisa não é especulativa e os casos concretos estudados não apontaram para tal realidade, afastou-se a referida vinculação às teorias do diálogo, mantendo-se, por outro lado, a importância epistemológica em torno da disseminação do conhecimento e do aprendizado mútuo como fator relevante para a fragilização da Constituição de 1988, pois tal virtude dialógica, convertida em vício, pôde ser constatada empiricamente.





provisória” é aquele com melhor desempenho deliberativo, pois consegue se sair melhor na competição institucional, tendo legitimidade para desafiar a outra sem que isso consista em desobediência. Se ambas as instituições em debate se esforçarem na deliberação de modo igual, no entanto, não há outra saída a não ser admitir a provisoriedade da última palavra na Corte, em modelos de controle de constitucionalidade judicial (MENDES, 2011, p. 191, 204-205). Em realidades autoritárias, no entanto, esse aspecto epistêmico pode ser utilizado para ampliar o poder em torno dos legados da ditadura militar.

A partir da análise dos casos, é possível constatar a interação autoritária efetivada, sendo possível oferecer alguns exemplos. Assim, há uma coordenação entre os diversos órgãos envolvidos, no sentido de que as mesmas razões de decidir são utilizadas de modo colaborativo para manter ou amplificar a prática não-democrática em análise. Por exemplo: quando o Presidente da República homenageou Sebastião Curió, classificando-o como “herói” nacional enquanto o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV) o reputara como autor de graves violações de direitos humanos na ditadura militar, o Judiciário não somente negou direito de resposta aos familiares das vítimas da Guerrilha do Araguaia como duvidou dos próprios crimes contra a humanidade cometidos (BRASIL, 2020a), e também não reconheceu a necessidade de tutela urgência no caso (BRASIL, 2020b). Interações autoritárias desse tipo podem ocorrer até mesmo em tempos diferenciados: esse é o caso quando um juiz federal aplica, em 2021, a legalidade autoritária do período de exceção e precedentes da Justiça Militar de então, tomados com base na Lei de Segurança Nacional para rejeitar uma denúncia contra agente da ditadura militar acusado de estupro. (BRASIL, 2016)

Mas o que torna possível classificar tais condutas coordenadas como autoritárias? Como o caso antes exemplificado pode ser compreendido em termos de uma colaboração contrária ao projeto constitucional de 1988? Somente com a história do direito é possível responder às indagações, devendo-se ressaltar a importância desta na dimensão fática da juridicidade. É a história do direito e, especificamente, do constitucionalismo brasileiro, que vai tornar possível ao pesquisador analisar aquele conjunto de fatos e de interações interinstitucionais entre agentes públicos e detectar práticas antidemocráticas na medida em que exaltam ou negam a ditadura militar. Tais condutas podem ser concebidas, com Cristiano

Paixão, como “práticas desconstituintes”, expressão desenvolvida pelo autor ao analisar, precisamente, a adesão de Tribunais às condutas do Poder Executivo federal em prol da celebração do golpe militar em 31 de março. (PAIXÃO, 2022, p. 930-933)

Assim, deve-se ressaltar que o golpe militar de 1964 contou com expressivo apoio popular civil, eis que parcela da população temia que o governo de João Goulart estivesse disposto a atacar os valores tradicionais do país, transformando o Brasil num estado socialista. (SKIDMORE, 1988, p. 17) Logo, tem-se que o colaboracionismo é uma continuidade marcante entre ditadura militar e democracia.

O problema em torno desse auxílio oficial recíproco se agrava quando se tem um governo comprometido com os valores da ditadura militar, como a presidência de Jair Bolsonaro bem demonstra. A partir de tal liderança e com a adesão formal de Sérgio Moro ao governo, “o judicialismo se deixou assim capturar pelo reacionarismo autoritário. Não à toa, diversos juízes perderam os escrúpulos funcionais e passaram a fazer profissão de fé bolsonarista”. (LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 73) A contundente sustentação de Christian Lynch e Paulo Henrique Cassimiro pode ser amparada por diversos exemplos, como os episódios elencados anteriormente demonstram.

Essa interpretação mais realista<sup>7</sup> da argumentação judicial é capaz de explicar com mais precisão a fundamentação desenvolvida em contraposição aos pilares da Justiça de Transição, não desconsiderando a linguagem jurídica dos juízes, mas destacando que ela não é neutra ou fruto, unicamente, de uma razão abstrata e desvinculada da realidade histórica. Como o reacionarismo é inconstitucional, é dever dos agentes públicos, como membros do Ministério Público e juízes, atuar contra tal ideologia política<sup>8</sup>.

Diante de tal cenário, é pouco realista e preciso caracterizar o autoritarismo em termos

<sup>7</sup> Tal realismo parte da constatação de que o conflito e a luta compõem a base para a interpretação jurídica, a qual deve buscar reconstruir o litígio a partir da linguagem do direito, como sustentam, por exemplo, Mangabeira Unger (UNGER, 2017, p. 17) ou José Rodrigo Rodríguez. (RODRIGUEZ, 2019, p. 19) Para uma interpretação mais idealista do desacordo, sustentando que ele pode ser explicado melhor e de modo mais racional a partir da construção de teorias em torno dos fundamentos principiológicos da decisão, conferir: DWORKIN, 1986.

<sup>8</sup> É nesse sentido que André del Negri sustenta: “Temos uma Constituição que não permite hermenêuticas reacionárias; logo, o reacionarismo é anti-Constituição de 1988. Na democracia, afinal, não existe espaço para sabotadores da Constituição, sequer violadores de Direitos Humanos e sequestradores do futuro de um país tão grande e diverso”. (NEGRI, 2021, p. 335)

institucionais como se houvesse uma prática específica de cada um dos Poderes. Isso é ainda mais inviável num cenário como o brasileiro, onde há uma frequente judicialização dos mais diversos assuntos. Evidentemente, pode haver respostas eficazes contra o autoritarismo praticado por um dos Poderes, situação na qual não haverá colaboração autoritária alguma, mas sim uma rejeição, às vezes sumária, de um dos interesses.

Percebe-se, assim, como a colaboração interinstitucional analisada pode demonstrar o oposto do que, na teoria do conhecimento, denomina-se como atuação dos *free riders*. O problema da cooperação e coordenação coletiva de condutas a partir deles, ou seja, daqueles que pegam “carona” no grupo, colhendo os benefícios da atuação dos outros sem contribuir com eles (MACHADO SEGUNDO, 2016, p. 18), não é, necessariamente, o modelo adotado pelas autoridades que aceitam o autoritarismo. Com isso, a atuação de um agente acaba corroborando o poder da prática na medida em que esta continua a produzir efeitos, em alguns casos com reforço argumentativo, ampliando razões para justificação.

### **3.2 A resistência constitucional**

Em cenários de pessimismo, especialmente quando se vivencia governos comprometidos com a negação dos crimes contra a humanidade praticados na ditadura militar, aviltando os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, é tentador sustentar a inexistência de qualquer tipo de resistência a tais práticas. A metodologia ora proposta, no entanto, sugere uma abordagem que busque investigar o grau de eficácia da proteção da democracia, pois, de algum modo, a partir de instituições públicas ou organizações da sociedade civil, é possível constatar espaço de luta em prol da Justiça de Transição.

Nesse contexto, o Direito Constitucional de luta e resistência (BONAVIDES, 2001) compreende uma série de ações que podem ser utilizadas para proteção da Constituição nos âmbitos político e jurídico. Ele busca se contrapor às diversas manifestações de autoritarismo, como a ditadura, que surgem na história constitucional brasileira sempre que a democracia representativa, desde a origem marcada por crises constituintes, “não correspondeu com seus meios jurídicos e seu dever constitucional aos anseios nacionais de alforria do povo e da



sociedade” (BONAVIDES, 2001, p. 7). Deve-se, assim, avançar para um modelo de democracia mais participativa, destacando-se como meio para tal a repolitização da legitimidade, em especial a partir da construção de um Poder Judiciário que vá além do positivismo meramente exegético (BONAVIDES, 2001, p. 21). Interpretando tal argumentação no contexto da presença constante do poder militar brasileiro, persistente na tentativa de tutela da sociedade civil, pode-se conceber que há no país uma espécie de aprisionamento social por autoridades sem nenhuma legitimidade para tanto, de forma a corromper a autoridade e a necessária obediência ao sistema jurídico legítimo em mero autoritarismo inconstitucional.

O papel imaginado por Paulo Bonavides para o juiz e para os membros de outras carreiras jurídicas na proteção da democracia<sup>9</sup>, no entanto, mostrou-se dúbio, pois tais autoridades, como visto nos exemplos anteriores, também podem ser relevantes agentes em prol do autoritarismo brasileiro. Por que insistir na ideia, então? Porque, apesar desses exemplos negativos, os próprios casos estudados apresentam manifestações de luta democrática, com a tentativa de diversos grupos ou mesmo agentes públicos em, pelo menos, conter o avanço dos legados da ditadura militar. Além disso, a tese da democracia participativa e da necessidade de repolitizar a legitimidade do poder não foi devidamente levada a sério por alguns agentes estatais, os quais se equivocaram ao supor que a defesa da democracia consiste em atuação “político-partidária”, prática constitucionalmente vedada pela Constituição no âmbito da magistratura e Ministério público. O estudo de caso pode sugerir a necessidade em se desfazer esse mito, superando-se o medo judicial na defesa do regime democrático.

A repolitização da legitimidade, assim, é um conceito fundamental para o desenvolvimento da descrição e das críticas às práticas autoritárias, pois confere à ideologia sua devida centralidade na observância do regime democrático por parte das autoridades como os juízes. Tal repolitização pode ser alcançada através do aprofundamento da democracia militante, ressignificada para novas tarefas diante da realidade atual, que vai além das clássicas

---

<sup>9</sup> O autor concebe o juiz como um “legislador de terceiro grau” o qual “avultará na práxis da democracia participativa do futuro, designadamente nas sociedades da periferia. E, de certa forma, se fará a expensas do legislador de segundo grau, cuja servidão ao Executivo, na conjuntura contemporânea do neoliberalismo e da globalização, configura já a decadência do ramo representativo do poder, prisioneiro das elites e, não raro, de seus egoísmos e interesses adversos ao País” (BONAVIDES, 2003, p. 22).

ideologias autoritárias do fascismo, nazismo ou comunismo. A democracia militante, democracia defensiva ou a democracia combativa correspondem a um conjunto de medidas preventivas às quais um regime democrático está disposto a recorrer para evitar que forças autoritárias subvertam a democracia através de meios formalmente democráticos, tendo o conceito sido desenvolvido pela primeira vez por Karl Loewenstein nos anos 1930 (MÜLLER, 2012, p. 1254).

Assim, explanando a respeito das origens da ideia de democracia militante, Loewenstein analisa duas hipóteses mutualmente exclusivas acerca do declínio democrático e da possibilidade de reação democrática. Caso se admita que o fascismo é uma espécie de crença em valores absolutos que, funcionando como uma espécie metafísica de “espírito” mostra-se como algo inevitável e com vitória histórica certa, não há como se impedir ou reverter o declínio democrático. Caso se constate, por outro lado, que a democracia não cumpriu ainda seu papel, sendo o fascismo mais uma técnica de poder do que uma crença, ou seja, algo superável e evitável, a democracia pode reagir, mas ela tem de se tornar militante (LOEWENSTEIN, 1937, p. 422-423).

A medida mais extrema em termos de democracia militante refere-se ao banimento de partidos políticos com tendências extremistas<sup>10</sup>. Assim, a justificativa utilizada para exclusão de certas ideias do debate e do espaço público é o ponto de partida fundamental de uma teoria da democracia militante, permitindo que se diferencie uma real medida de autoproteção democrática de um mero ataque às ideias contra as quais não se concorda (RIJPKEMA, 2018, p. 4). O tema se impõe a partir da necessidade de se teorizar acerca de como a democracia pode se proteger sem, nesse percurso, causar sua própria autodestruição, com a transformação dos defensores liberais nos próprios tiranos que desejam derrotar. Esse contexto denota a existência

---

**10** Para Bastiaan Rijpkema, essa é a medida mais extrema em termos de democracia militante e, caso se consiga justificá-la, a justificação de outras medidas menos drásticas, como o banimento de símbolos ou a exclusão de antidemocratas de cargos públicos, restará mais facilitada, podendo-se compartilhar, por princípio, muitos dos argumentos utilizados para a primeira medida (RIJPKEMA, 2018, p. 5). No Brasil, a Constituição de 1988 alberga militância democrática quando disciplina o regime jurídico dos partidos políticos, determinando que esses devem zelar pela democracia e pelos direitos humanos, nos termos do art. 17, bem como quando determina a criminalização de ações de grupos civis ou militares contra o Estado Democrático de Direito, em seu art. 5º. XLIV.



de um paradoxo democrático (RIJPKEMA, 2018, p. 4). O dilema central, nesse sentido, parece ser a proporcionalidade dos meios de defesa da democracia. Assim, sustenta-se que buscar a responsabilização de pessoas que, ao exercerem o direito fundamental à liberdade de expressão, abusam de tal direito, promovendo incitação à violência ou ao golpe de Estado, não equivale à corrupção da democracia em autoritarismo, mas sim representa a proteção daquela.

Essa repolitização da legitimidade passa, ainda, pelo reconhecimento de que a ideologia tem um papel na tomada de decisão judicial e de que isso não é, necessariamente, algo negativo, desde que a ideologia adotada esteja comprometida com valores democráticos. Assim, a ideologia corresponde “às ideias orientadas para ação concernentes às comunidades humanas buscando alcançar influência pública e controle” (FREEDEN; SARGENT; STEARS, 2013, p. 8). Os estudos acerca da ideologia, surgidos a partir da tradição marxista e desenvolvidos no contexto da Ciência Política, têm acarretado considerável progresso nos últimos vinte anos, gradualmente desvencilhando-se do aspecto pejorativo conferido a tal ramo do conhecimento, já que, hodiernamente, “não se pode mais considerar seriamente as observações depreciativas lançadas por filósofos ou alguns políticos, no sentido de ser a ideologia um tipo inferior de pensamento ou distração do mundo real” (FREEDEN; SARGENT; STEARS, 2013, p. 7). Ao invés disso, a ideologia coloca-se no centro do pensamento político concreto e deve ser considerada de modo descritivo, ou seja, “independentemente dos seus méritos substantivos – os quais podem ser ricos e positivos como também destrutivos ou indiferentes. Nenhum conhecimento geral do político pode ser desenvolvido sem se levar em conta o papel das ideologias” (FREEDEN; SARGENT; STEARS, 2013, p. 7). Assim, na medida em que se reconhece que o ser humano ostenta uma dimensão política, as ideologias sempre farão parte do seu pensamento e da sua respectiva ação (FREEDEN; SARGENT; STEARS, 2013, p. 7) não havendo razão para concebê-la como algo, necessariamente, destrutivo ou viciado.

O seguinte exemplo pode ilustrar práticas colaborativas em prol da democracia. Ação popular ajuizada pela Deputada Federal Natália Bonavides do Partido dos Trabalhadores (PT) do Rio Grande do Norte (RN) buscou a condenação da União em obrigação de fazer para que houvesse a retirada de nova ordem do dia 31 de março de 2020 do sítio eletrônico do Ministério da Defesa, bem como a abstenção de qualquer anúncio comemorativo relativo ao golpe de

Estado de 1964 em rádio, televisão, internet ou qualquer meio de comunicação escrita e falada. A juíza federal Moniky Mayara Costa Fonseca, da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do RN, proferiu decisão liminar e sentença determinando que a União se abstinhasse de veicular nova ordem do dia comemorativa (BRASIL, 2020d).

Num primeiro momento, o próprio TRF/5ª. Região manteve a decisão liminar, acarretando a intervenção do próprio STF no caso, por meio de decisão do seu então Presidente, Ministro Dias Toffoli, o qual determinou a suspensão da decisão. (BRASIL, 2020c) Posteriormente, quando do julgamento da apelação interposta pela União, o próprio Tribunal admitiu a possibilidade de veiculação da celebração por 4 votos a 1 (BRASIL, 2020d). Levando em conta que, na época, a Corte contava com 15 julgadores, é preocupante constatar que quase 1/3 dos respectivos membros aceitavam tal prática autoritária. Percebe-se, assim, como a metodologia ora proposta pode descrever com mais precisão a realidade, destacando o espaço de luta entre ditadura e democracia, entre poder civil e poder militar.

#### **4. CONCLUSÕES**

Desenvolver estudos de caso na perspectiva do processo de erosão constitucional que pode culminar até mesmo em tentativas de golpe de Estado pode compor um serviço público dos mais relevantes para a academia brasileira, estando os profissionais jurídicos, a princípio, em condições favoráveis para obtenção do material da pesquisa necessário. O presente texto buscou destacar como uma metodologia voltada para a atuação concreta dos diversos agentes envolvidos em disputas pela democracia pode contribuir para uma melhor descrição e crítica da realidade.

Retomando a questão posta na introdução, tem-se que o método que potencializa o estudo de caso no contexto do autoritarismo é aquele que investiga como agentes civis colaboram com a politização do poder militar ou, por outro lado, buscam se contrapor a tal papel desenvolvido pelas Forças Armadas. Isso é possível de ser feito levando em conta a complexidade jurídica em torno do tridimensionalismo e dos fatos históricos em cotejo com a justiça e a normatividade, destacando que a ideologia política do pesquisador, do pensador e do



## COLABORAÇÃO INTERINSTITUCIONAL AUTORITÁRIA E RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL: UMA METODOLOGIA PARA ESTUDOS DE CASO

## INTERINSTITUTIONAL AUTHORITARIAN COLLABORATION AND CONSTITUTIONAL RESISTANCE: A METHODOLOGY FOR CASE STUDY.

intérprete precisa ser honestamente considerada na formulação dos problemas. Relembre-se: para Miguel Reale, a intervenção dos militares no poder não era fato problemático, pelo contrário, consistindo em movimento justificável em termos de “revolução”.

Ressaltando a importância da história do direito no âmbito fático da juridicidade, tem-se como possível traçar a descrição da colaboração interinstitucional autoritária e da resistência constitucional. Ambos os fenômenos podem estar presentes num mesmo caso, como os exemplos demonstraram, cabendo ao pesquisador traçar parâmetros os mais objetivos possíveis para avaliar não a existência de luta pela democracia, mas o grau de eficácia desta.

O grau de colaboração interinstitucional autoritária também pode ser mensurado com a metodologia proposta. Nos casos citados anteriormente, pode-se constatar um poder bem mais expressivo em prol da manutenção dos legados da ditadura militar, encontrando as práticas em prol da resistência notável fragilidade diante da atuação dos Tribunais ou de próprios juízes de primeira instância. No caso da homenagem a Sebastião Curió, tem-se uma colaboração mais forte quando o juiz, além de concluir pela improcedência do pedido, engaja-se a ponto de buscar revisar fatos históricos já aceitos pelo próprio Estado brasileiro acerca das características da ditadura militar.

Por outro lado, tem-se uma colaboração mais branda quando, sem maiores fundamentações, um juiz simplesmente nega urgência para a análise liminar no caso, demonstrando uma espécie de indiferença com a democracia, minimizando os riscos ínsitos a uma homenagem desse tipo. Tem-se, portanto, que a colaboração interinstitucional autoritária é um problema real para a democracia, merecendo ser enfrentado também de modo coordenado e engajado, com estratégia que não isole tal prática num único órgão, buscando efetivar algum tipo de colaboração interinstitucional democrática.

### 5. REFERÊNCIAS

ALDEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Revista CEJ**. V.3 no. 7. Jan/abr. 1999.

ALMEIDA, Philippe Oliveira; ROCHA, Michael Guedes; A filosofia do direito – isso serve, em primeiro lugar, para fazer a guerra. **Revista eletrônica da faculdade de direito de Franca**.



Vol. 16, no. 1, dez. p. 233-262. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. (8. Turma Especializada). **Agravo de Instrumento 0003169-41.2016.4.02.0000**. Acórdão. Relator: Marcelo Pereira da Silva, 27 out. 2016. Rio de Janeiro, 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Ação n. 5010000-84.2020.4.03.6100**. Direito de resposta em face de homenagem ao Major Sebastião Curió. São Paulo, 2020a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Seção Judiciária do Distrito Federal. (8. Vara Federal Cível). **Ação Popular 1027385-22.2020.4.01.3400**. Petição inicial. Julgador: Francisco Alexandre Ribeiro, 08 maio 2020. Brasília, 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 1326**. Decisão monocrática. Relator: Ministro Dias Toffoli, 06 maio 2020, DJE n. 110, 05 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5902782>. Acesso em: 05 jan. 2022. 2020c.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. **Apelação. 0804364-05.2020.4.05.0000**. Celebração do golpe de estado de 1964. Recife, 2020d.

CABRAL, Gustavo César Machado. A política no jovem Miguel Reale, o teórico do Integralismo. **Revista da Faculdade de Direito — UFPR**. Curitiba, v. 59, n. 3, p. 85–108, set./dez. 2014.

DALY, Tom. Compreendendo a decadência democrática multidimensional: lições decorrentes da ascensão de Jair Bolsonaro no Brasil. **REJUR – Revista Jurídica da UFERSA**. Mossoró. V. 5, n. 10, jul/dez. 2021. P. 61-84.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Oliveiros S. **Vida e morte do partido fardado**. São Paulo: Senac, 2019.

FERREIRA, Emanuel de Melo. **A difusão do autoritarismo e resistência constitucional**. Tese de doutorado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2022.

FREEDEN, Michael; STEARS, Marc. (Org.) **The Oxford Handbook of political ideologies**.



Oxford: University Press, 2013.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições**. Épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

LENTZ, Rodrigo. **República de segurança nacional**. Militares e política no Brasil. São Paulo: Expressão Popular; Fundação Rosa Luxemburgo, 2022.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The American political science review**, [S.l.], v. 31, n. 3, p. 417-432, jun. 1937.

LYNCH, Christian Edward Cyril; CASSIMIRO, Paulo Henrique. **O populismo reacionário**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**. Uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**. Conceito, objeto e método. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MCCONVILLE, Mike; CHUI, Wing Hong (editors). **Research methods for law**. Edinburgh: University Press, 2007.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro**. Ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MÜLLER, Jan-Werner. Militant democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1253-1269.

NEGRI, André del. Os juristas, o regime militar de 1964 e personalidades autoritárias que cruzaram o marco da Constituição de 1988. **História do Direito: RHD**. Curitiba, v. 2, n. 3, p.





320-342, jul-dez de 2021.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

PAIXÃO, Cristiano. **Entre nostalgia e memoricídio: o judiciário e a violação a direitos humanos no Brasil contemporâneo**. In: RAMINA, Larissa (org.). *Lawfare e América Latina. A guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*. Curitiba: Editora Íthala, 2022.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Tradução de Patrícia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

REALE, Miguel. **Imperativos da revolução de março**. São Paulo: Martins Editora, 1965.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. Introdução à epistemologia jurídica. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RIJPKEMA, Bastiaan. **Militant democracy: The limits of democratic tolerance**. New York: Routledge, 2018.

ROCHA, Leonel Severo. Prefácio. In: WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Vol. I. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**. Democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1988.

TÓTH, Gábor Attila. Marcos constitucionais do autoritarismo. **Revista Juridicidade Constitucional e Democracia**. Volume 1, Número 1. Mossoró: Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, jan./maio de 2023.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior**. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Vol. I. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

Enviado em: 14/03/2023

Aceito em: 27/04/2023



## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

Paulo Thadeu Gomes da Silva<sup>1</sup>

### Resumo

A solidariedade como norma constitucional é objeto de escassa e respectiva doutrina. Neste ensaio há a tentativa de dela tratar como norma constitucional que reconhece e protege formas de vida solidárias. Para tanto, são usadas reflexões de outras áreas do conhecimento distintas da dogmática constitucional, v.g., sociologia e filosofia, além de se estabelecer conexões com a dignidade humana, e ao final são descritos alguns casos jurídicos que envolvem o tema.

**Palavras-chave:** Solidariedade; Formas de vida solidárias; Dignidade humana.

### Abstract

Solidarity as a constitutional norm is object of scarce and respective doctrine. This essay aims to treat it as a constitutional norm that both recognizes and protect solidary forms of life. For this purpose, other knowledge fields, distinct from constitutional law, are used, besides establishing connections with human dignity, and at the end, some legal cases that involve the theme are described.

**Key-words:** Solidarity; Solidary forms of life; Human dignity.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (PUC-SP). Procurador Regional da República em São Paulo.

## **1. INTRODUÇÃO**

A partir de uma observação empírica do mundo percebe-se, na sociedade mundial e nos últimos anos, o crescimento de algo como uma suspensão da solidariedade, uma espécie de paralisia, causada não por um movimento espontâneo, mas sim por discursos e ações deliberadas – e inconstitucionais – de parte daqueles que, eventualmente e ainda que por maioria negativa, tornaram-se alternativa de poder.

Essas ações, uma vez emanadas do Estado como centro do sistema político, e porque se constituem em verdadeira autorização – *Erlaubnis* – do príncipe, acabam por se espalhar e mesmo contaminar outros sistemas sociais, dos quais o exemplo mais forte é o jurídico, que vê aí, tradicionalmente, uma janela de oportunidade para justificar tempos políticos terríveis no que diz com a promoção e proteção de direitos fundamentais.

É certo que o sistema jurídico como um todo não é tomado por esse espírito mefistofélico cercado de morte e que tudo nega, pois há nele reações de setores mais comprometidos com a democracia, sendo disso que se trata. Contribuem, portanto, para deter o processo de pauperização da esfera pública, que, obviamente, sofre mudanças estruturais.

De todas as consequências possíveis e i(ni)magináveis, a não promoção e não proteção aos direitos fundamentais é a que se faz presente com maior força e, portanto, a sociedade, que a Constituição tenciona formatar como sendo livre, justa e solidária, torna-se o contrário, vez que essa específica consequência se traduz em sentimentos e emoções que vão contra o reconhecimento do outro e de suas respectivas formas de viver. Daí a necessidade de se escrever sobre a solidariedade, porque é por meio da sartreana escrita responsável, e não apenas da arte pela arte, que as portas da interpretação podem ser abertas.

Em uma observação de caráter mais teórico, pode ser afirmado que no autopoietico mundo da dogmática jurídica, da qual a doutrina – e não a teoria, pois são coisas distintas – constitucional dele faz parte, a interpretação das respectivas normas se dá por meio de um processo mais rígido, com respeito às formas científicas e com a utilização de argumentos enquadráveis no mundo jurídico, i.e., que guarde alguma relação mais direta de seus conteúdos, embora, atualmente, o sistema jurídico, por meio da centralidade de seus tribunais, já inicie um



## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

processo de absorção e utilização, em suas decisões, de estudos que por assim dizer escapem aos conhecidos e tradicionais, quando não ininteligíveis, materiais jurídicos nem mais nem menos representativos, sim, porque se existe um evento digno de nota que ocorre no sistema jurídico é, paradoxalmente, a inexistência de hierarquia de fontes, à dessemelhança do que acontece no sistema científico, o que quer dizer que muito material jurídico é produzido e tudo ou quase tudo é utilizado no sistema.

Nesse processo de abertura cognitiva são utilizados conhecimentos antropológicos, sociológicos, políticos, entre outros, que fornecem subsídios às correspondentes fundamentações, é um uso, portanto, instrumental, e não substantivo. Porém, os trabalhos doutrinários, se também começam a sofrer o impacto desses conhecimentos, ainda pecam pela rigidez da forma, i.e., não se permitem, porque é da tradição, assumir uma outra forma, por exemplo, a do ensaio para estruturar e desfiar suas ideias, talvez mesmo por essa forma não corresponder a uma pretensa cientificidade do Direito, vale dizer, há como que uma boa vontade, ainda que não muito entusiasmada, dos doutrinadores em acolher e aproveitar conhecimentos distintos da área do direito, mas essa mesma inclinação esbarra na muralha da forma. O que quero dizer é que se houvesse a possibilidade de se fazer doutrina jurídica por meio de uma forma mais livre, v.g., o ensaio, poder-se-ia tornar mais rico o aprendizado e, por consequência, a própria interpretação do material jurídico.

Um modo de problematizar a tensão existente entre matéria e forma pode tomar como ponto para reflexão a sentença de Glück, para quem “é impossível odiar a matéria e amar a forma” (GLÜCK, 2021, p. 109) – os filmes de Riefenstahl, inevitavelmente, vêm à mente –, mas isso não significa que não se possa amar a matéria e odiar a forma ou mesmo amar os dois ao mesmo tempo, o que leva à conclusão de que a matéria é mais importante, o fundo mais relevante que a forma.

A expressão “odiar a matéria”, para os fins do Direito, quer dizer uma certa resistência aos saberes atinentes a campos dele distintos, o que vem sendo quebrada com a evolução semântica de institutos que acabam por acompanhar a tímida movimentação das estruturas sociais, por exemplo, os sentidos de igualdade, liberdade e dignidade humana e, logo, se impõem como forma de vida majoritária.

Já a expressão “amar a forma” serve como uma luva ao Direito, ainda impregnado de um excessivo formalismo – talvez necessário, desde que se pense na forma como garantia da liberdade! – expresso em minudentes regras codificadas em prolixos e prolíficos textos normativos que demandam do intérprete muitas vezes um impossível conhecimento de todos eles. Impossível, então, para o Direito, não é apenas odiar a matéria e amar a forma, mas também conhecê-lo totalmente. Amar a forma, para o Direito, é algo como um dogma, já a matéria pode ser odiada, o que causa a inversão da afirmação de Glück.

Mas, mesmo assim, há casos em que a matéria se confunde com a forma, por exemplo, o devido processo legal substantivo, direito fundamental que não tem como não amar e que, ao mesmo tempo, faz nascer matéria e forma, juntos e misturados, tal como o som e a respiração do poema de Sachs:

Völker der Erde,  
zerstört nicht das Weltall der Worte,  
zerschneidet nicht mit den Messern des Hasses  
den Laut, der mit dem Atem zugleich geboren wurde (SACHS, 2020, p. 47)<sup>2</sup>.

As poucas palavras que vêm de ser escritas demonstram que o ensaio é uma forma fértil de se pensar o Direito, e é por isso que aqui se assume a sua defesa como forma livre que pode se apresentar como contribuição à compreensão daquele objeto, portanto, à sua interpretação, e que, por ser livre, admite a utilização de ideias que não se prendam rigidamente ao mundo jurídico, mas que, conforme será demonstrado, também produz comunicação jurídica que ajuda no esclarecimento dos sentidos das normas e, mais especificamente, das palavras constitucionalizadas e, portanto, constitucionais. A vantagem em assumir essa forma é a de que ela pode produzir, mais fortemente, uma estética jurídica, pois, conforme escreve Musil, também a prosa científica tem seu lado estético.

A preocupação central neste ensaio é com a Constituição, tendo em vista seu caráter de *Urrecht* da ordem jurídica vigente, e seria mesmo o caso, se fosse possível, epistemologicamente pensando, de se tomar a própria Constituição como ensaio. O problema é

<sup>2</sup> “Povos da Terra, não destroem o universo das palavras, nem retalhem com as facas do ódio o som, que nasceu com o sopro”. Tradução de Cláudia Cavalcanti, in: Revista Piparote, n. 3, ano 2, abril/2022, p. 19.





## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA

### SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

que, se se propõe a discorrer sobre um tema que parece não permitir reflexão que não seja científica, torna-se mais difícil pensar em uma redação livre de seu objeto, algo talvez inadmissível pelos potenciais leitores. É válida aqui, também, *a contrario sensu*, a ideia de Montaigne, para quem fala inquirindo e ignorando, ou mesmo quem se deixa manejar, ignorantemente, pela lei geral do mundo. O ensaio tentado, então, deveria seguir estritamente as regras científicas, o que pode fazer dele algo não tão livre, um exercício atrelado às rígidas formas da reflexão pensada e escrita, e isto, já foi escrito linhas acima, faz parte da tradição e é um tanto ou quanto limitante.

Todavia, pode acontecer de uma outra frase de Montaigne se manifestar adequada: eu não ensino nada, eu conto. Nesse caso esvai-se, ao menos em certa medida, qualquer pretensão de validade universal do que for articulado nos moldes de um ensinamento, ainda que remanesça implícita a ideia de querer transmitir algo, ainda que essa transmissão se dê pela simples narração de histórias que envolvam a Constituição com algumas doses de questionamentos filosóficos. Por exemplo, é possível mesmo de se tratar institutos positivados no texto constitucional por meio de uma análise jurídico-filosófica, v.g., seu próprio conceito, os direitos fundamentais, entre outros, ou, o que será feito neste trabalho, determinadas palavras que tomaram a forma de norma constitucional para dela constar, junto a outras, como ponto de partida para o observador: entra em cena, então, a palavra constitucionalizada. Para os fins deste ensaio, essa palavra é a solidariedade.

Para os fins deste artigo a solidariedade é uma forma que repousa sua unidade na distinção individualismo (e não individualidade) / coletividade (e não coletivismo). A matéria que preenche essa forma depende tanto das estruturas sociais de cada tempo histórico vivido quanto das observações promovidas pelas teorias, o que será visto mais adiante.

Aqui a preocupação é direcionada ao artigo 3º, I, da Constituição, e às possibilidades de problematização de seus sentidos, o que se justifica pelo emprego da palavra solidária em uma linha de quebra da tradição jurídica, i.e., ela é expandida de seu âmbito mais forte representado pelo direito das obrigações – *obligatio in solidum* – e da responsabilidade civil para outros vastos campos jurídico-epistemológicos representados pelos direitos fundamentais. A reflexão aqui, portanto, ocupa-se da palavra solidária tanto como fundamento geral de uma

ordem de direitos fundamentais, quanto como fundamento específico dessa mesma ordem, ela é, ao mesmo tempo, um universal e um particular, o que faz dela uma superestrela do cosmos constitucional.

## **2. SEMÂNTICA DA SOLIDARIEDADE**

Neste tópico, que se desdobra em dois subitens, problematizaremos os sentidos da palavra solidariedade em correspondência às estruturas sociais vigentes em determinado tempo histórico, e para tanto lançaremos mão seja de uma descrição breve da história constitucional brasileira, seja de teorizações fora do campo da dogmática constitucional.

### **2.1 Os sentidos de solidária e solidariedade na história constitucional brasileira**

Embora não haja uma previsão constitucional expressa da palavra solidariedade, mas sim e apenas da palavra solidária, é comecinha a possibilidade semântica e sintática de utilização de um adjetivo como substantivo, sem implicar a mudança mesma da palavra. Mas aqui estamos diante de um outro evento, que é aquele da equivalência funcional, vale dizer, a palavra solidária é um equivalente funcional da palavra solidariedade – ou, nas palavras de Carson, adjetivos são as alças do Ser (CARSON, 2017, p. 29) –, o que permite a ambas funcionarem na interpretação constitucional como denotadoras de um mesmo e forte sentido. E é esse sentido que tentaremos descobrir por meio da livre forma do ensaio.

Na história constitucional brasileira a palavra solidariedade é conhecida desde 1934, ali positivada expressamente nos artigos 149 e 171, no primeiro como uma consciência a ser desenvolvida pela educação como direito de todos e ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, e no segundo como responsabilidade solidária do funcionário público com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

Na Constituição de 1937, no artigo 130, havia a previsão de que o ensino primário seria obrigatório e gratuito, o que não excluía o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados, expresso no pagamento de quantia módica e mensal para a caixa escolar; no



## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

artigo 158, previu-se a mesma regra do artigo 171, da Constituição de 1934. Na Constituição de 1946, artigo 166, houve a previsão de que a educação era direito de todos e devia se inspirar nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana; na de 1967, no artigo 157, IV, a “solidariedade entre os fatores de produção” aparece como princípio da ordem econômica, e no artigo 168, *caput*, solidariedade humana como ideal que sirva de princípio à educação. Na Constituição de 1969, no artigo 160, IV, “solidariedade entre as categorias sociais de produção” aparece uma vez mais como princípio da ordem econômica, e no artigo 176, novamente, solidariedade humana como ideal que sirva de inspiração à educação. Por fim, na Constituição de 1988, a palavra que foi constitucionalizada foi “solidária” em vez de “solidariedade”, conforme já descrito na Introdução deste ensaio.

Na Constituição atual a palavra solidariedade não está expressamente escrita, mas o adjetivo solidária(o) vem escrito em três artigos, o artigo 3º, I, o 74º, § 1, e o artigo 40, *caput*, da EC 103/19. O artigo 3º, I, escreve: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I. construir uma sociedade livre, justa e solidária. O artigo 74º, § 1: Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: § 1. Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de União, sob pena de responsabilidade solidária. O artigo 40º, *caput*, da EC 103/19, prevê: O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

A redação do artigo 74º, § 1, homenageia a tradição jurídica ao tratar da responsabilidade solidária e a ela, palavra solidária, emprestar o significado referente à obrigação, solidariedade, então, atinente ao âmbito do direito administrativo e do direito civil, incidente, portanto, no campo do risco, tema que, embora relevante, não será objeto de reflexão neste ensaio.

Essa breve descrição da história constitucional demonstra, naquilo que interessa a este ensaio, a direta e íntima ligação entre a expressão “solidariedade humana” e a palavra

“educação”, esta que, como sistema da sociedade, é responsável pela formação da pessoa e de sua respectiva mentalidade, uma verdadeira *Bildung*, e que, já nos idos de antes da metade do século passado, indicava se manifestar nas relações verticais entre cidadão e Estado e nas horizontais entre cidadão e cidadão, nas primeiras por meio de formulação e concretização de políticas públicas, e nas segundas por meio da formação e construção de formas de vidas, em ambas, a marca da solidariedade, descrições que serão feitas ao longo deste ensaio.

A força normativa desse dispositivo fez que Celso de Mello afirmasse que os métodos pedagógicos que fossem de qualquer forma de encontro à dignidade humana, às liberdades fundamentais e à participação coletiva na realização do bem comum seriam inconstitucionais. (MELLO FILHO, 1984, p. 418)

Na evolução sistêmica da sociedade atualmente a solidariedade já não é mais atribuição exclusiva do sistema educativo, por meio de ensinamento e aprendizado, mas sim perpassa todos os sistemas sociais, especialmente o político e o jurídico, positivada que foi em decisão vinculante e como consequência criou expectativa normativa que a envolve, tema que se desenvolve no próximo tópico.

## **2.2 Solidariedade em outros campos do conhecimento**

Solidariedade é conceito já consagrado na história europeia, objeto de estudo com um longo caminho percorrido e com produção teórica solidificada, seja na teoria social, na política ou na religião. Destaque do mundo teórico respectivo é Durkheim, para quem a divisão do trabalho cria a solidariedade e mantém uma coerência social, solidariedade, portanto, social, e o direito é o indicador do liame social, e os direitos reais e pessoais correspondem a dois tipos de solidariedade contratual, a positiva – no caso dos direitos pessoais – e a negativa – no caso dos direitos reais (BLAIS, 2016, p. 206-213).

Sem embargo de aqui o interesse se dirigir, principalmente, à dogmática constitucional, há a necessidade de se fazer algumas problematizações a respeito de autores que não se encaixam, ao menos não exclusivamente, nesse campo do conhecimento. A justificativa da empresa é encontrada nos motivos da necessidade de se alargar o espaço de compreensão do tema.

Nessa linha, em texto da década de oitenta, Luhmann (1984, p. 79-96), afirma que a solidariedade é identificada com a interação, e esta, de sua vez, além de se construir como sistema sob



## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

a égide da presença, tendo em vista o advento da sociedade mundial, diferenciou-se da sociedade, o que tem como consequência o fato de que não há como o sistema de interação ser tomado como produtor da solidariedade, exatamente porque agora já há um sistema de integração, e não mais integração social – esta última que, de acordo com a teoria, sempre foi identificada com a solidariedade. A causa dessa diferenciação foi que no século XIX houve um aumento considerável de complexidade na sociedade e ela não pode mais ser representada e descrita por nenhuma interação. O texto traz outras valiosas contribuições ao debate, por exemplo, a de que a solidariedade sofreu um processo de ideologização das esperanças dos seres humanos e também que ela é um desiderato dos indivíduos que vai contra o individualismo, portanto, aqui reafirma a síntese da história do conceito traduzida na dicotomia individualismo/coletividade.

Além disso, mais recentemente, Luhmann (2016, p. 651-652) argumenta que a solidariedade é um slogan político substituto da reciprocidade e um princípio jurídico sem perfil muito claro – aqui cita Grimm – mais ligado à ética, mas que não consegue se inserir na semântica da dogmática jurídica, que estava mais centrada em relatar suas próprias dificuldades – p. ex., ao explicar o conceito de natureza como pressuposto do direito natural. De fato, quando se pensa em solidariedade como norma constitucional, automaticamente é sugerida uma eticização da Constituição, o que, segundo Grimm (1994, p. 37-40), quando comentou, em artigo de jornal, a tentativa na década de noventa de reforma da GG alemã para se positivar um artigo 2.º com a seguinte redação: “*Jeder ist zu Mitmenschlichkeit und Gemeinsinn aufgerufen*”, afirmou que essa sentença bem caberia no Preâmbulo da Constituição, mas nunca em norma específica, positivada em artigo correspondente, de seu corpo textual.

O quanto afirmado por Luhmann merece reflexão. Em primeiro lugar faz-se um reparo ao que escreveu Stjernø (2009, p. 290), que Luhmann afirmou ser o sistema jurídico uma fundação para a integração social. Na verdade, Luhmann (2016, p. 167) afirma exatamente o contrário em O direito da sociedade quando, no Capítulo 3, vai tratar da função do sistema jurídico, momento em que refuta expressamente a função do direito como integração social, ao tempo em que atribui a ele, sistema, a estabilização das expectativas normativas, argumento que se reforça com a nota-de-rodapé n. 66, referente ao Capítulo 12. (LUHMANN, 2016, p. 788).

Em segundo lugar, e aqui se está de acordo com Stjernø, o avanço tecnológico propiciou a comunicação entre ausentes em um nível tal que mesmo a solidariedade pode se manifestar entre não presentes, i.e., ainda que não haja interação, v.g., as redes de inclusão surgidas em mídias digitais durante a recente pandemia do Coronavírus e a possibilidade de ajudar os mais necessitados pelo mundo afora





## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA

### SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

do sofá de casa pelo paradoxal movimento dessas mesmas mídias que promove, ao mesmo tempo, de um lado o isolamento das pessoas, a comunicação entre ausentes e a não interação entre elas, e de outro, a efetiva manifestação de solidariedade por meio de doações.

As razões luhmannianas têm dois lados, um que se expressa na desconfiança do autor com relação à solidariedade; e outro que se refere, ainda que não de forma intencional, à observação de que, uma vez positivada em norma constitucional, a solidariedade gera expectativa normativa, contrafática, o que quer dizer que, mesmo que não seja cumprida, ela se mantém viva como norma, i.e., a norma constitucional pode produzir solidariedade. Explica-se.

Afirma-se aqui ter um lado o pensamento de Luhmann porque a Constituição, ao positivar expressamente a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, como que toma partido por essa forma de sociedade, ou seja, essa forma de organização da sociedade é constitucional, algo como manifestar uma preferência por ela, aliás, o mesmo Luhmann (2013, p. 88), quando escreveu *Einheit der Rechtsordnung*, afirmou que o sistema jurídico tem “preferência” –aspas originais– pelo *Recht* do código do sistema, e não pelo *Unrecht*, o que não pode ser logicamente justificado. E tanto mais adequado é pensar nesses termos que a solidariedade mesma não é moralmente boa *per se* – v.g., os movimentos fascistas e organizações criminosas –, ela é boa apenas na extensão de sua capacidade de inclusão e de seus objetivos (STJERNØ, 2009, p. 3).

O mesmo se pode dizer da solidariedade se pensarmos que a unidade de sua forma repousa na distinção individualismo/coletividade, individualismo e não individualidade como a elevação do egoísmo à enésima potência, sem qualquer possibilidade de manifestação de empatia e compaixão pelo outro, um verdadeiro desamor ao Mundo, e coletividade como exemplo da positivação constitucional de formas de vida solidárias, nas quais, sem se anular o indivíduo, há a forte presença da realização do eu no grupo, ponto que será abordado mais adiante.

Já com relação à problematização do significado da norma constitucional deixa-se claro que a Constituição não pode, de fato, determinar que a sociedade seja menos individualista e mais solidária, ao menos no que diz com as formas de vida das pessoas e suas relações horizontais – aqui há concordância com Grimm, quando ele escreve que modos de pensar e mentalidades não são acessíveis por imposição jurídica. (GRIMM, 1994, p. 38).

Se esse é um ponto importante, há um outro, também relevante, que se desdobra em dois: a) a norma constitucional que positiva a solidariedade pode ser dirigida ao Estado para que este formule políticas públicas que contenham em seu corpo o conteúdo que preenche a solidariedade; b) no caso da



## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA

### SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

Constituição brasileira, ela mesma positiva formas de vida solidárias – e não apenas um princípio jurídico da solidariedade pouco claro -. v.g., formas de ser e de viver que, coincidentemente ou não, privilegiam o coletivo frente ao individual, formas tradicionais de vida representadas pelos povos originários, quilombolas e comunidades tradicionais. Esses dois pontos merecem uma reflexão.

Com relação ao item “a”, aqui se está de acordo com Habermas (2014, p. 143) – ciente de que sua teoria se diferencia da de Luhmann – quando escreve que a solidariedade não se refere à mesma coisa que justiça, no sentido moral ou jurídico da palavra – daí a própria redação do art. 3º I, da CF, que coloca a solidariedade ao lado da liberdade e da justiça –, vez que moral e direito se referem às liberdades iguais de indivíduos autônomos, enquanto solidariedade se refere ao interesse comum. Essa ideia de interesse comum bem pode ser atrelada à de bem público, em que a norma constitucional respectiva se toma como exemplo de um instrumento que deve atingir um determinado estado cuja situação melhora para todos os participantes (BAURMANN, 2019, p. 3680369). É um bem público porque se trata de uma ação de um grupo de indivíduos, e por isso mesmo não é um bem individual, que de sua vez se refere à ação individual. Nesse molde o art. 3º, I, da CF, serve de exemplo de norma que positiva uma cláusula geral que exige ações de equidade, sejam estatais, sejam privadas.

Já com referência ao item “b”, a positivação na Constituição de 1988 de formas de vida solidárias não quer dizer que a norma constitucional esteja a determinar diretamente comportamentos à sociedade, às famílias e pessoas, antes trata-se de reconhecer formas de vida já existentes na própria sociedade, que se constitui pela existência de mais de um tipo de organização social, de um lado a sociedade oficial, e de outro, as sociedades tradicionais. Por certo que as relações entre elas são hierárquicas, ainda que não devam ser, mas isso não impede a argumentação de que a Constituição confere valor idêntico a todas elas, à medida que, quando as reconhece, oferece proteção jurídica a elas.

O traço distintivo entre elas reside na dupla individualismo/coletividade, e isso não é pouca coisa se remetermos o pensamento à filosofia ocidental, preponderante, que atribui valor absoluto ao cogito cartesiano – e vê com desconfiança qualquer argumento em sentido contrário –, o que, uma vez analisado à luz das sociedades tradicionais, não parece ser o mais adequado a explicar suas respectivas formas de ser e de viver, ou, nas palavras de Godard, o eu do penso é diferente do eu sou/existo<sup>3</sup> (GODARD, 1996, p. 37). Veja-se, para o caso, a teoria do novo individualismo que aponta como condutores institucionais a reinvenção contínua, mudança instantânea, velocidade e episodicidade

<sup>3</sup> “Je pense/donc je suis/le je du je suis/n’est plus même que/le je du je pense/pourquoi/parce qu’il reste à démontrer/qu’il y a un rapport/entre le corps et l’esprit/entre pensée et existence”. (GODARD, 1996, p. 37)

(ELLIOTT, 2018), e que, nas palavras de Krenak, significam uma humanidade homogênea na qual o consumo tomou o lugar da cidadania (KRENAK, 2019, p. 24).

A título de exemplo, para a filosofia andina, segundo Estermann, o indivíduo como mônada é um nada, é uma existência sem fundamento, e “o verdadeiro *arjé* é justamente a relacionalidade (mito fundacional) do todo, a rede de nexos e vínculos que é a força vital de tudo o que existe” (ESTERMANN, 2021, p. 115-116). Daí porque, comprova a empiria do direito indígena brasileiro, ser a pena de banimento da comunidade uma das mais severas aplicada pela autoridade indígena, porque a pessoa expulsa de sua aldeia é como se já não mais existisse, é um ente socialmente morto, exatamente porque a relacionalidade se extingue.

O alcance de um projeto filosófico gestado nas sociedades tradicionais é de tamanha importância que mesmo o sistema de justiça não escapa a ele, v.g., a contraposição entre a justiça ocidental e a tradicional, especialmente em África, em que a primeira considera os membros da sociedade em sua individualidade nos processos sob julgamento, e a segunda não isola o indivíduo, mas sim privilegia o coletivo, o que quer dizer que o indivíduo, na justiça africana, “nunca comparece sozinho, mas é auxiliado e apoiado por sua família” (KODJO-GRANDVAUX, 2021, p. 292), sem que isso signifique, certamente, a prevalência do direito coletivo sobre o individual, apenas indica um valor maior que é atribuído à coletividade se comparada à ideia de direito subjetivo da sociedade ocidental, algo como um *delicate balance*.

Afirmar que as sociedades tradicionais, por assim dizer organizadas pela preponderância da coletividade sobre o individualismo, apresentam um grau mais forte de solidariedade se comparadas à ocidental significa dizer que nelas predomina a relacionalidade dos indivíduos com a comunidade, com o todo – relacionalidade que, frise-se, é um traço substantivo e distintivo da solidariedade em comparação aos direitos individuais (DARDÉ, 2023, p. 752) –, e por isso mesmo há a manifestação de uma responsabilidade maior de uns com os outros regida por uma ética da atenção e do cuidado – mesmo na sociedade ocidental essa ética se faz presente, por exemplo, na maioria das famílias e nas relações entre pais e filhos e vice-versa, contudo, mesmo nelas, e na sociedade em geral, prevalece o indivíduo como ente substancial, e não a relacionalidade –. Em termos de estratégia de conceituação da palavra solidariedade é permitido asseverar que elas apresentam um alto grau de inclusividade e seus objetivos são aqueles referentes à ajuda mútua.

Estabelecidas essas ideias, é necessário também descrever o que se entende por forma de vida e por forma de vida solidária. Um primeiro esclarecimento que deve ser feito se refere ao que se

compreende por forma de vida. Digna de destaque é a observação de que essa palavra veio positivada na Constituição, o que faz pensar na ideia que se tem de ter de si própria, i.e., a ideia de Constituição, nas palavras de Pitkin “como uma característica forma de vida, o caráter nacional de um povo, seu ethos ou natureza fundamental como um povo, um produto de sua história particular e condições sociais” (1987, p. 169), portanto, a Constituição mesma como forma de vida que prevê formas de vida solidária, como se vê, um problema de autorreferência.

Segundo Jaeggi (2018, p. 50), que elabora um conceito modular de formas de vida, elas se constituem de nexos de práticas, orientações e ordens de comportamento social e que incluem atitudes e modos habituais de conduta. A mesma autora indica quatro características inerentes a elas: a) a relação do todo com as partes; b) a relação entre traços substantivos e acidentais de uma forma de vida; c) os vários fatores condicionam cada um e interagem, mas as partes também retêm suas identidades em relação ao todo; d) há diferentes tipos de possível diversidade entre as formas de vida (JAEGGI, 2018, p. 50-54).

A partir dessa descrição é possível afirmar que a Constituição não positiva diretamente formas de comportamento individual referentes à solidariedade, mas é admissível identificar no texto constitucional brasileiro dois meios de tratamento da solidariedade: a) conforme o artigo 3º, I, da CF, de caráter geral, o tratamento explícito e ligado ao objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que se faz por norma constitucional endereçada tanto ao Estado quanto à sociedade, portanto, um dever, v.g., o dever de cuidado dos pais com os filhos e vice-versa; b) conforme o artigo 216, I-V, da CF, também de caráter geral, não por acaso sob o título de cultura, o tratamento implícito e ligado ao reconhecimento e proteção de formas de vida e de formas de vida solidárias, quais sejam, aquelas mesmo que possam ser mais inclusivas que a inerente à sociedade ocidental ou majoritária e cujos objetivos sejam plasmados não apenas pelo senso de dever, mas também pela empatia e compaixão, v.g., as sociedades tradicionais, das quais a indígena é apenas um exemplo, e cujos traços substantivos, exatamente por se referirem à solidariedade, servem de antídoto contra o ódio, este que atualmente incorpora com muita força a ideia de mal social originariamente gestada nas crises sanitárias que envolveram a sociedade, algo que não foge ao controle do indivíduo e demanda por isso mesmo ações da sociedade.

Essas normas-matrizes podem bem funcionar como um ponto de partida para que as formas de vida possam se construir e desenvolver, por exemplo, com um maior ou menor grau de diversidade na sociedade, cuja relação do todo com as partes seja mais forte ou mais fraca, que permita uma retenção

mais rígida das identidades em relação ao todo etc. As normas constitucionais que tratam do tema não prescrevem a medida em que essas relações devam se desenvolver na sociedade, mas sim reconhecem e protegem todas as formas de vida, sejam as menos, sejam as mais solidárias. E isso não é pouca coisa, especialmente no momento histórico vivido em que, conforme já escrito na Introdução deste ensaio, manifesta-se evento que parece suspender a solidariedade.

De um ponto de vista filosófico essas mesmas normas constitucionais podem expressar aquilo que Arendt denominava de Amor Mundi, categoria que ocupou relevante lugar em seu pensamento. Em seus Diários a preocupação com o tema aparece ao menos em três oportunidades. Em Março de 1955, § 21, Arendt pergunta: Por que é tão difícil amar o mundo? (2016, p. 522) Em Abril de 1955, § 26, em uma anotação mais extensa que a primeira, Arendt esboça reflexão sobre o Amor Mundi em relação à condição humana; nesse esboço ela faz outra pergunta: Por que nós existimos no plural e não no singular? (2016, p. 523) Já em Julho de 1955, § 55, Arendt aprofunda a anotação anterior para afirmar que nós também existimos no singular e que é da pluralidade que nossa singularidade pode ser determinada, pois não dependemos da vida, mas sim do mundo (2016, p. 539-540).

Analizados esses fragmentos de seu pensamento em comparação às normas constitucionais aqui tratadas, é admitido afirmar que elas possuem como grande pano de fundo não apenas os indivíduos e a sociedade, mas sim o próprio Mundo, com o que se relacionam, por certo seria mais adequado atualizar a palavra Mundo por sociedade mundial, e se é da pluralidade que vem nossa singularidade, indicada está aí a relação entre indivíduo e coletivo, componentes de uma mesma sociedade mundial plural, pluralidade que não é só política, mas também e primeiramente, social, e em segundo lugar, mundial, sem fronteiras, sem apatridia, mas sim com acolhida humanitária e cidadania.

Na relação que pode ser estabelecida entre nosso tema e o pensamento arendtiano, uma resposta plausível à primeira pergunta é: porque falta nele solidariedade e uma das maneiras de se combatê-la é relacionar seu sentido à dignidade humana como forma de vida.

### **3. SOLIDARIEDADE E DIGNIDADE HUMANA**



A positivação na Constituição da tríade livre, justa e solidária leva o pensamento diretamente à relação que possa existir entre essas palavras-instituições, relação, obviamente, de complementaridade, e não de antagonismo e de exclusão. E se essa sentença serve na política como slogan, no jurídico ela produz consequências valiosas representadas, no mínimo, pela criação de expectativas normativas, isto é, a solidariedade, ao mesmo tempo em que parece combater o individualismo, existe no mundo jurídico, não é mera abstração, e, ao lado da liberdade e da justiça, serve a qualificar e organizar a sociedade em que se objetiva viver, sem que dessa tríade se possa abrir mão e sem que nessa mesma tríade se possa dissociar uma ideia da outra, afinal, há uma liberdade de ajudar o outro.

A solidariedade, como equivalente funcional da fraternidade, ocupa um lugar na tríade formada pela liberdade e pela igualdade, e esse trio, de sua vez, constitui-se na base sobre a qual se ergue, e se sustenta, a dignidade humana – e todos eles juntos vão preencher de conteúdo os direitos humanos –, relação que pode ser exemplificada pelo mínimo existencial como uma de suas facetas e expressa no texto constitucional pelo dever estatal de assistência social.

Em uma observação coloquial que se faz da solidariedade ressalta-se seu aspecto “humanitário” nas relações horizontais intersubjetivas e verticais das pessoas com o Estado – acolhida humanitária, preceitua a Lei de Migração –, e isso é motivo para que se pergunte pelo que há de humano nos direitos humanos, ou pelo que, neles, é humano – pergunta equivalente pode ser feita aos direitos fundamentais para se saber o que é a fundamentalidade de um direito –. Nessa pergunta parece residir a chave de compreensão da relação entre solidariedade e dignidade humana. Uma resposta possível é articulada por Atterton: “O ‘aspecto humano dos direitos humanos’ pressupõe da parte de cada membro da família humana não apenas razão, mas compaixão, empatia e um senso de dever, e sua ausência torna questionável o pertencimento à família humana” (ATTERTON, 2014, p. 276-285).

Essa afirmação de Atterton permite algumas problematizações: a) a primeira delas é a ideia de dever associada à solidariedade – senso de dever –, que é defendida, por exemplo, no Direito Constitucional, por Afonso Virgílio; b) a segunda delas é a ideia de que a solidariedade não vem expressamente mencionada na Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH - da ONU de 1948, ainda que ali se encontre a expressão família humana, enquanto que, por

exemplo, na Carta africana dos direitos humanos e dos povos, ela conste explicitamente como dever; c) e a terceira e última delas é a ideia de que a DUDH menciona, ao lado da razão, a consciência.

Virgílio Afonso da Silva afirma ser a solidariedade, tal qual positivada no texto constitucional, um dever fundamental autônomo geral imposto aos indivíduos, consistente em um agir, e não ao Estado, este teria apenas a tarefa de criar condições para que a sociedade brasileira seja solidária, e cita como exemplos o dever de votar, de pagar tributos e de contribuir para o sistema de seguridade social. (SILVA, 2021, p. 125-127)

A afirmação, em uma primeira observação, pode levar à falsa impressão de que se está diante de uma obrigação meramente moral, e não jurídica, com o que, obviamente, não se concorda. O que se quer dizer é que há sim a possibilidade de se criar deveres jurídicos de solidariedade, o que é feito pela própria Constituição nos exemplos citados pelo autor, como também, em complemento a eles, ao longo do próprio texto positivado, v.g., o dever do Estado de proteção do meio-ambiente às gerações futuras – art. 225, caput, CF –; o de proteção integral da criança pela família, pela sociedade e pelo do Estado – art. 227, CF –; o de cuidar dos filhos e dos pais – art. 229, CF –, e o de cuidar das pessoas idosas – art. 230, CF.

Por certo que, em geral, esses deveres são interpretados como direitos referentes aos seus titulares, mas isso não invalida a tese de que há a criação de deveres jurídicos. Talvez fosse mais produtivo encapar o raciocínio com a ideia de que, uma vez positivada, a solidariedade cria expectativa normativa que, de sua vez, por ser mesmo normativa e não meramente cognitiva, continua válida mesmo diante de um quadro fático em que os discursos e as ações anti-solidárias dos indivíduos contribuam para a manifestação de uma solidariedade fraca. Por exemplo, não é porque determinados filhos não cuidam de seus pais que a norma constitucional deixa de ter validade, ela continua válida, e o dever de cuidado dos pais pelos filhos se mantém vivo.

A ideia de um dever de solidariedade é também realidade na Constituição italiana, que em seu artigo 2, dispõe expressamente que a República reconhece e garante os direitos invioláveis do ser humano, seja como indivíduo seja nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade, e requer o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social. Para Rodotà (2021, p. 34-47), trata-se de um princípio constitucional que não pode ser interpretado de forma isolada, mas sim com referência a outras normas constitucionais, v.g., aquela do art. 1º que instaura o Estado Social, e que, uma vez juridicizada, adquire uma autonomia, qualidade que foi indicada também por



## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

Virgílio Afonso da Silva com relação à norma constitucional brasileira. Já para Perlingieri (2001, p. 6-12) o princípio solidariedade tem a ver com o desenvolvimento da personalidade da pessoa e se exprime na dinâmica das relações intersubjetivas, é, portanto, a solidariedade constitucional uma solidariedade humana.

Já na Constituição portuguesa há a previsão no artigo 1º que preceitua ser aquela República empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tríade que é repetida na redação de sua prima brasileira. Ao comentarem o dispositivo, Canotilho e Moreira (1993, p. 59-60) afirmam que essa parte de sua redação foi um substitutivo à original apresentada e que dispunha sobre a expressão “transformação numa sociedade sem classes”, de sua vez fortemente datada, aliado a que os significados possíveis da norma positivada eram não apenas o de assegurar a dignidade às pessoas, mas também instaurar a corresponsabilidade de todos os membros da comunidade uns com os outros, o que, na compreensão descrita neste ensaio, bem pode ser identificada tanto como dever de solidariedade quanto limite ao individualismo, o que gera certo grau de inclusividade.

Portanto, agora pode-se afirmar com um mínimo de certeza que há deveres jurídicos de ações solidárias. Resta, então, responder por qual razão essas normas aqui citadas embutem conteúdos solidários. Uma possibilidade de resposta seria tentar apelar ao conceito de solidariedade – por exemplo, solidariedade como unidade de um grupo ou classe que se baseia sobre uma comunidade de interesses, objetivos e princípios (PREUß, 2019, p. 399) –, contudo, sua própria fluidez tornaria a tentativa bastante difícil de se realizar, daí porque é adequado pensar em estratégia diferente para se responder a pergunta. Neste ensaio pensou-se, obviamente sem prejuízo de outras, na estratégia de tentar problematizar aspectos da solidariedade, os quais, para o caso, são descritos por Stjernø (2009, p. 16-17): a) o que é visto como base ou fundação para a solidariedade; b) qual é o objetivo da solidariedade; c) o quanto inclusiva é a solidariedade; d) o quanto forte é a orientação coletiva.

A base da solidariedade é o self e suas identificações compostas de auto-interesse, identidade e interdependência; o objetivo da solidariedade é a realização de determinados interesses que não seria possível sem o estabelecimento de relações com os outros; o grau de inclusividade depende dos limites à própria solidariedade, v.g., se restrita à família ou extensiva à comunidade; e a orientação coletiva será fraca ou forte a depender da submissão do indivíduo aos interesses coletivos.

Com base nessa descrição há a possibilidade de se afirmar que nas sociedades tradicionais a solidariedade é mais forte, e na ocidental, mais fraca, v.g., nas sociedades indígenas, em que o indivíduo existe enquanto membro de uma comunidade. A distinção, já descrita neste ensaio, encontra justificção

filosófica em um projeto que se assenta na interculturalidade crítica, filosofia que se apresenta com uma racionalidade culturalmente determinada, dependente, portanto, de um paradigma cultural.

O segundo ponto, representado pela explicitação do dever de solidariedade na Carta africana dos direitos humanos e dos povos, guarda uma íntima e nada tóxica relação com o quanto disposto no texto constitucional brasileiro, traduzida no significado de reconhecimento de outros modos de ser e de viver que não o ocidental, mais comumente conhecidos como tradicionais, presentes tanto nas sociedades africanas quanto nas sociedades tradicionais brasileiras, formas de vida que, por privilegiarem a coletividade em detrimento do individualismo, são por isso mesmo qualificadas como solidárias.

Por isso mesmo há a menção expressa, na antecitada Carta, de deveres de solidariedade do indivíduo para com a família e a sociedade, solidariedade social e nacional, representada pela preservação do diálogo e da concertação, além, obviamente, do dever de solidariedade entre as Nações, tudo conforme, respectivamente, os artigos 27-29 e 23.

O terceiro ponto se traduz na expressão “razão e consciência”, constante do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Essa expressão poderia passar sem chamar a atenção do intérprete, contudo, Atterton (2014, p. 280) serve-se dela para fazer uma interpretação fenomenológica, ao afirmar que a palavra consciência foi introduzida no texto por obra de Peng Chung Chang, e se refere a um conceito confuciano de cuidado e atenção com a outra pessoa. Ainda na interpretação de Atterton (2014, p. 276-280), a palavra consciência, no texto, serviria a propor um equilíbrio entre direito – razão – e dever – consciência –, este como fonte do senso de dever que se constitui em um dos elementos caracterizadores do que é ou há de humano nos direitos humanos.

Não nos cabe aqui problematizarmos a interpretação de Atterton, o que se objetiva neste ensaio e a respeito desse específico ponto é destacar a existência de concepções filosóficas distintas, mas que se complementam, por exemplo, a ocidental baseada na razão, e a oriental baseada na consciência. Isso faz com que surja a possibilidade de se pensar mesmo em filosofias outras que não só a ocidental, por exemplo, a indígena – e, por que não, as africanas? –, não sem uma forte desconfiança da parte daqueles que não admitem a existência de outras linhas filosóficas.

O que se quer dizer é que a interpretação de Atterton permite a conexão com a de Estermann (2021, p. 132), para quem, conforme já escrito neste ensaio, não existe apenas o cogito cartesiano, mas



## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA

### SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

sim e também a possibilidade de ser a própria relação a entidade básica, e isso por si só é suficiente à justificação e compreensão de que não há apenas um sistema filosófico no mundo lastreado na razão. A força da presença da relação como elemento decisivo à caracterização de determinada forma de vida, por certo, solidária, encontra justificação na fenomenologia de Lévinas, para quem, segundo Atterton (2014, p. 277-278), uma relação ética e de responsabilidade de um para com o outro sustenta a dignidade humana, i.e., os direitos de uma pessoa são os direitos da outra: o mandamento não matarás implica que um fará viver o outro.

#### 4. CASOS JURÍDICOS

Um exemplo vem do Conselho Constitucional francês, cuja decisão de 2018 no caso M. Cédric H. et autre (FRANÇA, 2018), em Questão Prioritária de Constitucionalidade, declarou inconstitucional a expressão *au séjour irrégulier*, contida no artigo 622-4 do Código de Entrada e Permanência de Estrangeiros e de Direito de Asilo, na redação dada pela Lei n. 1560/2012, pois contrária ao princípio da fraternidade positivado na Constituição francesa, artigo 2º: “La devise de la République est ‘Liberté, Égalité et Fraternité’”. Nessa decisão o Conselho Constitucional considerou a fraternidade como um princípio cujo valor é constitucional, e seu significado compreende a liberdade de ajudar o outro, com objetivos humanitários, sem apreciação da regularidade de sua permanência no território nacional, o que implica a possibilidade de ajudar em sua circulação, visto que este ato não tem por consequência necessária gerar um ilícito – mas não em sua entrada no país. Portanto, a exceção de persecução penal positivada no artigo 622-4 da Lei n. 1560/2012 não pode se referir apenas à ajuda para permanecer em solo francês, mas deve também tratar da hipótese de ajuda para circular dentro do país, motivo pelo qual é inconstitucional, tendo em vista que o legislador, ao assim proceder, não assegurou uma conciliação equilibrada entre o princípio da fraternidade e a salvaguarda da ordem pública.

Essa decisão que orbita o direito migratório ecoa no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na nova Lei de Migração, de n. 13445/17, que em seu artigo 3, VI, positiva





## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA

### SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

expressamente como princípio da política migratória a acolhida humanitária, que instaura uma verdadeira ética desse tipo de movimento mundial.

No âmbito do STF há várias decisões que tratam diretamente ou tangenciam a solidariedade como norma constitucional. Uma em especial chama a atenção pelo fato de sua contemporaneidade e foi proferida no RExt. N. 1.348.854 (BRASIL, 2022), com repercussão geral, julgado à unanimidade. Tratou o caso jurídico do reconhecimento da extensão do direito à licença-maternidade de 180 dias, ainda que sem previsão legal, à paternidade monoparental de servidor público com fundamento no artigo 226, § 5, da CF, que estabelece a igualdade de gênero com relação ao cuidado, guarda e educação dos filhos. Esse é um exemplo atual e já clássico da evolução semântica da solidariedade jurídica como dever que se espraia pela solidariedade política de gênero, evento que demonstra a aplicação de uma norma elaborada em 1988 e que irradia efeitos a um fato social do presente, o que acaba por demonstrar a relação entre os significados da palavra constitucionalizada e as respectivas estruturas sociais, já não mais referidos apenas ao Estado Social, mas sim e também às formas atuais de paternidade.

## 5. CONCLUSÃO

A evolução semântica da palavra solidariedade demonstra que não se pode mais tratar dela no singular, i.e., não há apenas solidariedade, mas sim solidariedades, plural que se constrói em um interminável trabalho em progresso, solidariedade social, política, econômica e jurídica. É o que faz, por exemplo, bell hooks (2019, p. 1113-114), quando trata dos homens na teoria feminista, ao denominar a experiência de luta das pessoas de solidariedade política, afirmação cujo significado se refere tanto ao Estado quanto à sociedade.

As normas constitucionais aqui indicadas como matrizes de reconhecimento e proteção cumprem suas finalidades, diariamente, tanto quando as sociedades majoritária e minoritária praticam a solidariedade de forma espontânea e sem mesmo que seja do conhecimento de todos a realização desses eventos solidários, quanto quando elas não a praticam, momento em que se instaura, no jurídico e sob a forma de caso, crise de inconstitucionalidade ou legalidade, tudo passível de controle pelo sistema que é responsável pela manutenção das expectativas

normativas, sem prejuízo, obviamente, da ação reparadora do sistema político ao decidir de forma vinculante e criar normas cujo conteúdo se refiram, explícita ou implicitamente, ao objeto deste singelo estudo.

No processo cotidiano de práticas solidárias há a necessidade de que as sociedades que se relacionam se abram cognitivamente para permitir o aprendizado entre elas. Isso significa que há sempre hábitos e crenças e culturas que podem ser ensinados e aprendidos não só aos e pelos membros de uma mesma sociedade, mas também aos e pelos pertencentes a outras, o que implica relação heterárquica, e não hierárquica, entre elas.

A Constituição permite e fomenta esse aprendizado em que sociedades menos solidárias e, portanto, mais individualistas, possam tornar-se mais solidárias, sem a perda de suas características substanciais, v.g., o egoísmo, sentimento moral ou coisa que o valha. Sociedades mais solidárias, por certo, são mais justas e livres, e nisso reside a razão e o espírito das normas que tratam do tema. Não fosse assim não haveria nem mesmo sua positivação nos moldes expressos no texto constitucional.

O tema toma corpo e ganha relevância em especial nos tempos atuais em que há a migração em massa de pessoas vulneráveis de um país a outro e o aumento exponencial das desigualdades, eventos que causam graves violações à vida e à dignidade humana, destacadamente porque há um movimento político contrário às práticas solidárias, o que faz nascer e aumentar comportamentos individuais e de grupos que violam as normas constitucionais – o discurso de ódio aí se enquadra como espécie-rainha – e mesmo do próprio Estado sob a forma omissiva e sem que haja a necessidade de mudar qualquer regra positivada na Constituição.

Já neste final, fazem total sentido as palavras de Sachs, ao exortar os povos da terra para que não destroem o universo das palavras, da palavra constitucionalizada: solidariedade. Que se preserve, então, sua forma e conteúdo, a primeira representada por sua unidade na distinção individualismo/coletividade, e a segunda pelos conteúdos que a preenchem: compaixão, empatia e senso de dever, palavra, portanto, que não mata, vez que o discurso seja uma forma de ação, mas sim que protege a vida e faz viver o outro: o cumprimento da Constituição solidária tem papel decisivo no combate ao mal social.



## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

### 6. REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Denktagebuch**. 1950-1973, v. 1. Berlin: Piper, 2016.

ATTERTON, Peter, Dignity and the Other: dignity and the phenomenological tradition, in: DÜWELL, Marcus et alii (ed.), **The Cambridge Handbook of Human Dignity**. Cambridge: Univeristy Press, 2014.

BAURMANN, Michael, Solidarität als soziale Norm und als Norm der Verfassung, in: BAYERTZ, Kurt (org.), **Solidarität – Begriff und Problem**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2019.

BLAIS, Marie-Claude, **La solidarité – Histoire d’une idée**. Pais: Gallimard, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.348.854**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 12.5.2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARSON, Anne, **O método Albertine**: Substantivos nomeiam o mundo, adjetivos permitem que agarremos esses nomes. São Paulo: Edições Jabuticaba, 2017.

DARDÉ, Veronique Munoz, Fraternité, in: CANTO-SPERBER, Monique (org.), **Dictionnaire d’éthique et de philosophie morale**. v. 1, PUF, Paris, 2023.

ESTERMANN, Josef. **Filosofia andina – sabiduría indígena para un mundo nuevo**. Buenos Aires: Arkho Ediciones, 2021.

ELLIOTT, Anthony. A teoria do novo individualismo, **Revista Sociedade e Estado**, v. 33, n. 2, maio/agosto 2018.

FRANÇA. Conselho Constitucional. **M. Cédric H. et autre**. Disponível em: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717\\_718QPC.htm](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm). Acesso em: fev. 2023.

GLÜCK, Louise. Fragmento arcaico. In: **Poemas 2006-2014**. Companhia das Letras, SP, 2021.

GODARD, Jean-Luc. **For Ever Mozart**, P.O.L., 1996.

GRIMM, Dieter, Was zuviel ist, ist von Übel, in: **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, 15.6.1994, n. 136.



## SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD

HABERMAS, Jürgen. Na esteira da tecnocracia: um discurso em prol da solidariedade europeia. In: **Na esteira da tecnocracia**. São Paulo: UNESP, 2014.

HOOKS, bell. **Teoria feminista**. São Paulo: Perspectiva, 2019.

JAEGGI, Rahel. **Critique of forms of life**. Cambridge: Belknap Press, 2018.

KODJO-GRANDVAUX, Séverine. **Filosofias africanas**. Florianópolis: Cultura e Barbárie Editora, 2021.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LUHMANN, Niklas, Die Differenzierung von Interaktion und Gesellschaft – Probleme der sozialen Solidarität, in: DAHRENDORF, Ralf et alii, **Solidarität in der Welt der 80er Jahre**. Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1984.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. Einheit der Rechtsordnung, in: **Kontingenz und Recht**, Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 2013.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1984.

PERLINGIERI, Pietro. **Commento alla Costituzione Italiana**. Roma: Edizioni Scientifiche, 2001.

PITKIN, Hanna Fenichel, The idea of Constitution. **Journal of Legal Education**. v. 37, n. 2 (June 1987), p. 167-169.

PREUß, Ulrich K., Nationale, supranationale und internationale Solidarität, in: BAYERTZ, Kurt (org.), **Solidarität – Begriff und Problem**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2019.

RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**. Bari: Laterza, 2021.

SACHS, Nelly, **Gedichte**. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe – The History of an Idea**. Cambridge: University Press, 2009.

Recebido em: 12/03/2023



**SOLIDARIEDADE: PALAVRA CONSTITUCIONALIZADA**  
**SOLIDARITY: A CONSTITUTIONALIZED WORD**

Aceito em: 14/04/2023





**Edilson Santana Gonçalves Filho<sup>1</sup>**

## **RESUMO**

O texto objetiva analisar a tutela coletiva de direitos através da Defensoria Pública da União nos últimos anos. Para tanto, faz-se uma análise do atual regime jurídico da instituição, buscando pontuar os avanços, os riscos de retrocessos e os obstáculos a serem superados. Analisa-se a questão central a partir de diversos aspectos, como a legitimidade, novos papéis processuais e a execução das decisões coletivas pela entidade pública responsável pela defesa dos vulneráveis e a promoção de direitos humanos. A pesquisa foi realizada utilizando-se o método quali-quantativo, envolvendo a revisão bibliográfica, assim como a análise de decisões judiciais e dados.

**Palavras-chave:** Tutela Coletiva. Ações Coletivas. Defensoria Pública da União.

## **ABSTRACT**

The present study aims to analyze the collective rights protection provided by the Federal Public Defender's Office in recent years. In order to achieve this goal, an analysis of the current legal regime of the institution is conducted, seeking to identify its advancements, the risks of setbacks, and the obstacles that must be overcome. The central issue is examined from various perspectives, such as legitimacy, new roles, and the enforcement of collective decisions by the public entity responsible for defending the vulnerable and promoting human rights. The research method utilized in this study is a qualitative-quantitative approach, which includes a comprehensive review of the relevant literature, as well as an analysis of judicial decisions and data.

**Keywords:** Collective Protection. Collective Actions. Federal Public Defender's Office.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Processual (UNI7). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Defensor Público Federal.

## 1 INTRODUÇÃO

A década de 1980 foi marcada por uma revolução paradigmática no que diz respeito ao acesso à justiça, como resultado de estudos iniciados nos anos anteriores. Um de seus elementos se relaciona com a salvaguarda de direitos coletivos, que já figurava como obstáculo e onda de renovação do processo, a partir dos estudos do famigerado Projeto de Florença.

No Brasil esse novo paradigma se consolida com a Constituição de 1988, encontrando campo fértil no ambiente de redemocratização por que passava o país. Foi nesse mesmo contexto que restou constitucionalizada e nacionalizada a Defensoria Pública, um modelo público de assistência jurídica baseado em sistemas *salaried staff*.

A partir de um olhar retrospectivo é possível observar com muita clareza que ali estava colocada a pedra fundamental. Havia, ainda, um processo inacabado – ainda hoje em trânsito – para que aquele novo conceito de acesso à justiça, voltado à superação dos obstáculos até então identificados, fosse finalmente moldado e implementando.

O encontro entre a assistência jurídica e o acesso à justiça coletivo era inevitável. A leitura sistematizada do texto constitucional desde a sua redação original já a revelava, embora, como não é incomum, nem todos pudessem perceber, seja por dificuldade de enxergar o novo paradigma, seja deliberadamente.

Algumas décadas depois, muitos avanços foram alcançados, fruto do trabalho da doutrina, mas também de alterações legislativas e de importantes decisões dos tribunais. No campo da tutela coletiva, a ampliação dos legitimados para iniciar ações coletivas é uma dessas conquistas. Dentre eles, encontra-se a Defensoria Pública. Neste aspecto, tem sido relevante a própria atuação institucional, que vem a credenciando para o exercício de certo protagonismo no campo da tutela coletiva, ao lado de outros atores igualmente importantes. Parece ser longo, todavia, o caminho a ser percorrido, sendo certo que a cada ponto de chegada revela-se um novo ponto de partida.

O presente estudo objetiva realizar um retrato da tutela coletiva pela Defensoria Pública da União, é dizer, retratar o atual estado da arte no que diz respeito ao desempenho da defesa coletiva de direitos pela instituição. Há alguns propósitos nisso: primeiro, observar se e o quanto houve de evolução desde o marco da Constituição de 1988; em segundo lugar, como

já mencionado, descrever, com a crítica que se fizer necessária, o cenário presente; por fim, espera-se que esse texto sirva de documento histórico para auxiliar presentes e futuros pesquisadores, sejam ou não membros da instituição.

## **2 O ATUAL REGIME JURÍDICO DA TUTELA COLETIVA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OS OBSTÁCULOS QUE AINDA PRECISAM SER SUPERADOS**

Atualmente, a defesa de direitos coletivos pela Defensoria Pública encontra-se constitucionalizada, com expressa menção no artigo 134 da Constituição Federal desde o ano de 2014, quando o dispositivo teve sua redação alterada pela emenda constitucional n. 80. Com efeito, o sistema de tutela coletiva brasileiro tem se ampliado e fortalecido nas últimas décadas, especialmente a partir do final dos anos 1980 e início da década de 1990, período no qual também se verifica avanços no tocante à assistência jurídica gratuita. Naquela época já havia se diagnosticado que o tratamento para superar os obstáculos ao acesso à justiça passava, necessariamente, por enfrentar questões relacionadas às custas do processo (para aqueles mais necessitado) e à tutela de direitos difusos (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 31-55) No contexto da América Latina, pesquisas indicavam a identificação de novas tendências, especialmente a partir de iniciativas não governamentais, ainda que tais serviços – de assistência judiciária - funcionassem de forma precária (THOME, 1984). No Brasil, o movimento se dá especialmente com a nacionalização da Defensoria Pública (ALVES, 2006, p. 245-261), que ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988.

A antiga redação do artigo 134 – antes da emenda constitucional 80 de 2014 – era mais enxuta. Não havia menção expressa aos direitos coletivos. Conquanto houvesse clara resistência de alguns setores, isso não afastava a legitimidade para a tutela coletiva pela instituição. Com efeito, o texto atual do dispositivo constitucional já figurava, desde 2009, na Lei Complementar 80/1994 – Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (artigo 1º). Simples leitura da lei permite visualizar que diversos dispositivos tratavam – o que permanece até hoje - da tutela coletiva de direitos, que figurava dentre as funções institucionais da Defensoria Pública (artigo 4º, LC 80/1994).

A lei da ação civil pública, por sua vez (Lei 7.347/1985) também já trazia a Defensoria

Pública no rol de legitimados (artigo 5º) desde o ano de 2007, com a alteração promovida pela Lei 11.448. Essa modificação legal foi objeto, no mesmo ano (2007), de Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF, ADI 3943). A ação foi julgada improcedente no ano de 2015, por unanimidade, confirmando-se a constitucionalidade da previsão legal, que, à época da decisão, já restara, como visto, constitucionalizada pela atual redação do artigo 134 da Constituição Federal, inserida pela Emenda Constitucional 80 de 2014.

Contra essa decisão, foram ainda ajuizados embargos de declaração, sob o argumento de que a legitimidade da Defensoria Pública somente deveria ser admitida quando houvesse prévia comprovação de hipossuficientes envolvidos e interessados, com claro intuito de esvaziar a legitimação institucional. O recurso foi rejeitado por unanimidade pelo Tribunal, em sessão ocorrida em maio de 2018, consignando-se que a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ações civis públicas não está condicionada à comprovação prévia da hipossuficiência dos possíveis beneficiados pela tutela jurisdicional.

Com efeito, a presunção de que no rol dos possíveis afetados pelos resultados da ação coletiva ajuizada pela instituição constem pessoas necessitadas é suficiente para justificar a legitimidade da Defensoria Pública. Isso decorre do simples fato de a ação ser patrocinada pela Defensoria Pública, o que já revela, em tese, o interesse de pessoas vulneráveis, já que, por natureza, a atuação institucional é voltada à defesa dos necessitados e à promoção dos direitos humanos (GONÇALVES FILHO, 2021, p. 225-257).

Mesmo antes da modificação promovida na lei da ação civil pública, a instituição podia, em nome próprio, manejar ações coletivas – incluindo a ação civil pública – com base no Código do Consumidor (artigo 82, III da Lei 8.078/90), no qual está prevista a legitimação de órgãos de defesa consumerista, ainda que despersonalizados, para o patrocínio de direitos e interesses tratados pelo CDC. Nesse sentido, bastava que a respectiva Defensoria designasse, por ato interno, órgão para atuar na tutela de tais direitos, a exemplo dos Núcleos de Direito do Consumidor, existentes em diversas Defensorias. Demais disso, a própria previsão contida no, já revogado, artigo 4º, XI da Lei Complementar 80/1994<sup>2</sup>, reforçava a tese. Considerando a

<sup>2</sup> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.

Com a alteração promovida pela Lei Complementar 132, o dispositivo passou a constar no inciso VIII, do mesmo

existência de um microssistema de tutela coletiva, com base nos artigos 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, essa legitimação poderia ser estendida para outros temas, além do consumerista.

Fato é que, com as alterações legais, constitucional e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não há que se cogitar em qualquer interpretação que afaste a legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de ações coletivas. Isso não significa que não subsista a necessidade de avançar. Seja no contexto das ações civis públicas, seja no que diz respeito a outras ações coletivas, há, ainda, certas resistências e incompreensões quanto à legitimidade e o papel da instituição, o que tende a ser superado ao longo dos anos com a contribuição da doutrina, da jurisprudência e dos próprios membros da instituição por meio da utilização desses instrumentos. Com efeito, também os impactos sociais resultantes de ações desta natureza devem contribuir para a maior consolidação da Defensoria Pública da União nesta área, como já vem ocorrendo nos últimos anos.

## 2.1 O problema da execução da sentença coletiva proferida em ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública da União

O problema da execução da sentença coletiva tem como pano de fundo a seguinte questão: uma vez julgada procedente uma ação civil pública ajuizada pela Defensoria, quem poderá se beneficiar do julgamento? O questionamento tem relevância especialmente diante de casos que envolvam direitos individuais homogêneos, como se verá na sequência.

A execução (*lato sensu*) da sentença no processo coletivo pode ser promovida pelos legitimados coletivos (aqueles que possuem legitimidade para iniciar uma ação coletiva), inclusive por aquele que não tenha sido autor da ação de conhecimento (artigo 15, LACP). É possível, também, que haja execução por um indivíduo. A decisão proferida em processos coletivos pode dar ensejo, portanto: à **execução coletiva**, promovida por qualquer legitimado extraordinário coletivo, caso em que promoverá o **cumprimento de sentença coletiva**; à **execução individual**, proposta pela vítima ou seus sucessores.

---

artigo: VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.



O **cumprimento da sentença coletiva**, portanto, pode ser promovido pelos legitimados extraordinários coletivos, tanto no caso de pretensões que envolvam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, quando em demandas envolvendo direitos individuais homogêneos, nesta última hipótese abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções (artigo 98, CDC).

No caso do cumprimento da decisão coletiva envolvendo direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, dispõe a lei que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo (Fundo de Defesa dos Direitos Difusos), sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (artigo 13, Lei 7.347/85). Há regra expressa no sentido de que decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que o autor coletivo lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados (artigo 15, Lei 7.347/85).

Note-se que, no caso dos individuais homogêneos, a execução coletiva - ou, mais tecnicamente, o cumprimento de sentença coletiva - somente é assim denominada por ser proposta por um legitimado coletivo, considerando que seu objeto se compõe por pretensões individuais.

Já a **execução individual**, pela vítima ou seus sucessores, no caso das pretensões que versem sobre direitos difusos e coletivos em sentido estrito, ocorre a partir do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, ou seja, por força do transporte da coisa julgada coletiva para o plano individual (artigo 103, §3º, CDC). No tocante aos direitos individuais homogêneos, poderá o prejudicado, ou seus sucessores, individualmente, promover a execução da sentença (artigo 97, CDC). Se decorrer o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os colegitimados coletivos promover a liquidação e a execução da indenização devida. O produto desta execução, denominado de *fluid recovery*, inspirado no modelo norte-americano das *class action*, também reverterá para um fundo - Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (artigos 100 do CDC e 13 da LACP - (GONÇALVES FILHO, <sup>2021</sup>, p. 451-466).

Em tese, qualquer pessoa pode promover a execução individual da sentença coletiva, desde que tenha sido vítima do evento danoso ou seja sucessora de quem sofreu o dano. O Superior Tribunal de Justiça decidiu (BRASIL, 2021) que em ação civil pública proposta por associação, na condição de substituta processual, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à associação promovente (Tema 948). Embora o caso tenha analisado especificamente as associações, é possível se inferir a mesma razão para outros legitimados, inclusive a Defensoria Pública. É dizer, podem se beneficiar de sentença em ação coletiva ajuizada pela Defensoria tanto pessoas necessitadas quanto não necessitadas, podendo, as últimas, liquidar e executar por sua conta própria (por meio de representação por advogado), enquanto os vulneráveis poderão proceder à execução assistidas por defensor público.

Essa posição é defendida por considerável parcela da doutrina<sup>3</sup>. Encontramos, todavia, no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, STJ, 2016) decisão no sentido de que “a liquidação e a execução da sentença proferida nas ações civis públicas movidas pela Defensoria Pública somente poderá ser feita aos que comprovarem insuficiência de recursos, sob o fundamento de que, nessa fase, a tutela de cada membro da coletividade ocorre de maneira individualizada. Pensar dessa forma, todavia, equivale a forçar o ajuizamento de idêntica ação, em duplicidade (uma para os necessitados; outra para os não hipossuficientes), gerando o risco de decisões contraditórias e contrapondo-se claramente ao princípio da economia processual, assim como à lógica do processo coletivo - de molecularização da demanda -, motivo pelo qual discorda-se do raciocínio apresentado pelo Ministro e expressado na decisão do STJ.

Demais disso, a execução por pessoas necessitadas (representadas pela Defensoria Pública) e não necessitadas (representadas por seus respectivos advogados) não afasta a natureza da execução individualizada da sentença que verse sobre direitos individuais homogêneos. O fato de a execução ser individual não é impedimento para que todas as pessoas que sejam membras do grupo atingido pela decisão possam se beneficiar da coisa julgada

<sup>3</sup> Entre outros, defendem essa posição Fredie Didier e Hermes Zaneti (DIDIER JR; ZANETI JR., 2013, p. 225), assim como o próprio autor deste artigo (GONÇALVES FILHO, 2021, p. 263). Adotando corrente mais ampliada, Franklyn Roger Alves e Diogo Esteves defendem que nas fases de liquidação e execução permanece incólume a legitimidade da Defensoria Pública mesmo na defesa dos interesses de pessoa não necessitada (ESTEVES; SILVA, 2014, p. 433).

coletiva. Neste aspecto, parece haver uma confusão do tribunal entre os limites subjetivos da decisão coletiva (quem a decisão alcança) e os limites de atuação da Defensoria Pública (quem pode ser representado pela instituição), sendo certo que as questões não se confundem, já que, inclusive em razão de se instaurar uma nova atividade processual - a executória, por cada membro da coletividade -, a representação pode ser realizada também por advogados, não havendo necessidade de que seja feita pelo próprio legitimado coletivo que ajuizou a ação.

### 3 OUTRAS AÇÕES COLETIVAS E AS QUESTÕES RELACIONADAS À ATUAÇÃO INSTITUCIONAL

Na sequência, será realizada uma análise da atuação institucional por espécie, é dizer, relativamente a outras ações coletivas – além da ação civil pública -, relacionando-as com as problematizações decorrentes da legitimação institucional.

#### 3.1 A Defensoria Pública da União pode ajuizar um mandado de segurança coletivo?

Conforme o artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano; em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Dispositivo similar encontra-se no artigo 21 da lei 12.016 de 2009.

Embora os dispositivos façam expressa menção apenas aos partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, parcela considerável da doutrina defende que outros legitimados para a tutela coletiva, dentre os quais a Defensoria Pública, possuem capacidade processual para o manejo do Mandado de Segurança Coletivo. Didier e Zaneti Jr. (2013. p. 226-227)<sup>4</sup> defendem que o texto constitucional (artigo 5º, LXX, CF/88) e, por consequência, o legal (artigo 21, Lei 12.016/09) não cuidam – nem poderiam cuidar - da legitimidade para o mandado de segurança coletivo, mas sim da capacidade processual. Considerando que a legitimação *ad causam* é a aptidão para conduzir um processo no qual se discute uma situação jurídica, tendo em conta a relação do sujeito com o objeto litigioso,

<sup>4</sup> Essa posição foi mantida pelos autores ao longo dos anos. A última edição consultada (ed. 15, p. 258-261) da obra, lançada em 2021, é no mesmo sentido.

defende-se que a legitimidade não pode ser analisada a priori (em tese), sendo necessário que isso seja feito diante da situação concreta submetida ao Poder Judiciário.

A controvérsia trata, portanto, de analisar se outros legitimados à tutela coletiva possuem capacidade processual para a utilização do mandado de segurança coletivo, valendo-se do seu procedimento. Não há justificativa sustentável, sob o ponto de vista constitucional, para restringir a capacidade processual – é dizer, o acesso à justiça coletivo – por meio dessa garantia constitucional a outros legitimados coletivos, a exemplo da Defensoria Pública, do Ministério Público e das associações. Com efeito, se essas instituições podem levar a juízo a afirmação do mesmo direito coletivo por via ordinária, não faz sentido que não possam fazê-lo por meio do procedimento do mandado de segurança (DIDIER; ZANETI JR., 2013, p. 226-227).

Sendo assim, a legitimidade para o mandado de segurança coletivo será revelada – ou não – confrontando-se o caso concreto, submetido ao Judiciário, com o estatuto social (no caso das associações privadas) ou com as finalidades institucionais (no caso das entidades públicas, como a Defensoria e o *Parquet*).

O remédio constitucional é direito e garantia fundamental, voltado à instrumentalização, inclusive, do acesso à justiça. Assim é que, restringir esse direito, afastando a legitimidade daqueles legitimados para o ajuizamento de outras ações coletivas revela-se contraditório, ferindo o próprio direito ao acesso à justiça. Em se tratando de garantias fundamentais, não se deve admitir interpretações restritivas, mas tão somente ampliativas, visando garantir a melhor carga de eficácia social ao instrumento.

Seguindo essa linha, tratando-se de garantia mínima e de ação coletiva, aplica-se o microsistema processual coletivo, privilegiando-se a ideia de se conferir a maior amplitude possível à tutela de direitos coletivos por meio do mandado de segurança coletivo (NEVES, 2020, p. 250), de forma a se encontrar a atribuição da Defensoria Pública. Com efeito, a doutrina (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2012, p. 138) vem entendendo que devem ser tidas por legitimadas para a impetração do *mandamus* todas as pessoas autorizadas a defender os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo a legislação vigente, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios e órgãos despersonalizados,

incluindo o cidadão, naqueles casos em que estaria autorizado a propor ação popular (DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, p. 432-433).

Camilo Zufelato (2012) conclui que nada obstante não conste expressamente no rol apresentado pela Lei 12.016/2009, que regulamentou no plano infraconstitucional o Mandado de Segurança Coletivo, a Defensoria Pública possui legitimação ativa *ad causam* para a impetração do remédio constitucional, por força do microssistema processual coletivo brasileiro, do qual faz parte como legitimada ativa; e por ser o Mandado de Segurança Coletivo espécie de ação coletiva, bem como em razão das exigências de ordem constitucional que regem a matéria, estando a instituição autorizada, de *lege lata*, à impetração do *writ of mandamus* coletivo.

Chega à mesma conclusão, embora com ponto de partida diverso, Leonardo Nunes (2015, p. 232-259), elucidando que, no tocante ao mandado de segurança coletivo, deve-se observar a ideia de **legitimidade ativa expansiva**, para além do mínimo constitucional. Esse raciocínio segue a lógica do que se passa com os direitos fundamentais, merecedores de ampla tutela, sendo certo que o mandado de segurança coletivo é uma garantia constitucional de direitos coletivos fundamentais. A norma constitucional definiu um mínimo essencial à defesa dos direitos fundamentais e dela deve ser retirada a maior carga de eficácia e efetividade que for possível. “A busca por efetividade aos direitos fundamentais, em permanente expansão, reclama por uma progressiva maximização no funcionamento das garantias àqueles instituídas” (NUNES, p. 253). A interpretação ampliativa em prol da máxima concreção e a aplicabilidade imediata desses direitos constituem dois marcos diretivos que conduzem para além do mínimo constitucional.

Mesmo no silêncio da literalidade dos dispositivos que tratam do mandando de segurança coletivo, a legitimação será encontrada no sistema jurídico, quando este legitima alguma instituição para essa via processual, amolando o alcance da garantia de direitos coletivos. Em suma:

Em suma, os fundamentos expostos são aderentes ao propósito democrático presente na CRB/1988, que abandona o caráter individualista de regimes anteriores para construir um ordenamento jurídico comprometido em promover a mais ampla tutela jurídica a direitos coletivos e individuais. Assim, o exame conjunto de todos esses fundamentos compõe o panorama que sustenta a tese de que o mandado de segurança coletivo é procedimento apto à tutela jurisdicional de direitos difusos, sendo, ainda,



factível a perspectiva expansiva do seu regime de legitimidade ativa, compreendido que está no sistema brasileiro de tutela jurisdicional coletiva (NUNES, p. 278).

Com efeito, o Mandado de Segurança Coletivo é mais um instrumento voltado à consecução dos escopos constitucionalmente destinados à Defensoria Pública, incluindo a tutela coletiva de direitos. É uma espécie de instrumento processual coletivo que pertencente ao gênero ação coletiva. Sendo assim, possui os mesmos legitimados das outras ações coletivas, inclusive a Defensoria Pública.

Destarte, a atuação da Defensoria Pública é verdadeira forma de concretização de princípios e valores constitucionalmente estabelecidos, por meio da tutela dos necessitados, o que se encontra diretamente relacionado com a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com vistas a erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º da Constituição Federal). É preciso, portanto, não afastar da Defensoria Pública os instrumentos aptos ao desempenho efetivo da missão constitucional que lhe foi atribuída.

Reforça a legitimidade institucional a previsão expressa, na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/1994), quanto à legitimação do ente para o mandado de segurança, em seu artigo 4º, IX, sendo certo que cabe à instituição atuar tanto em situações envolvendo direitos individuais, quanto coletivos - conforme o artigo 134 da constituição e dispositivos da lei complementar 80/1994 - valendo-se de variados tipos de ações e procedimentos (artigo 4º, VII e X, LC 80/1994). Daí que uma leitura sistemática dos dispositivos institucionais permite facilmente concluir pela previsão legal da legitimidade para o mandado de segurança coletivo. Além disso, havendo legitimação para o gênero (mandado de segurança), há para as espécies (mandado de segurança individual ou mandado de segurança coletivo), verificando-se, assim, igualmente, uma autorização por substituição processual (legitimidade extraordinária) decorrente de autorização do ordenamento jurídico (artigo 18, CPC), como noção de uma legitimidade conglobante.

A legitimidade em questão decorre imediatamente das finalidades institucionais do ente, traçadas pelo artigo 134 da Constituição Federal, do artigo 4º, VII, IX e X da Lei

Complementar 80/1994, assim como da previsão contida na Lei de Ação Civil Pública e no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, em face de interpretação sistemática do microssistema processual coletivo vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

A lei 13.300 de 2016 (Lei do Mandado de Injunção), que regulamentou o mandado de injunção, reforça a tese da legitimação ampla. A novel legislação passou a integrar o microssistema processual coletivo, sendo que nela há expressa indicação da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento do Mandado de Injunção Coletivo (artigo 12), o que auxilia no preenchimento da lacuna existente na ação de mandado de segurança coletivo, já que a norma do *writ of mandamus* influenciou por muito tempo o mandado de injunção (em face da inexistência de norma que regulamentasse seu processamento), havendo agora um retorno da nova lei colmatando o microssistema (GONÇALVES FILHO, 2021, p. 303-312).

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir pela legitimação do Ministério Público para o Mandado de Segurança Coletivo, nada obstante a ausência menção expressa no texto legal, sob o fundamento de que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição de valores imateriais como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos, concluindo que a nova ordem constitucional erigiu um concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais, legitimando o Ministério Público para o manejo dos mesmos (BRASIL, STJ, 2010). Em suma, “legitima-se o *Parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob ângulo material ou imaterial” (BRASIL, STJ, 2015).

Com relação à Defensoria, todavia, há decisões da corte no sentido de que a Defensoria Pública não detém legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo, por não estar elencada no rol dos artigos 5º, LXX, da Constituição Federal e 21 da Lei 12.016/2009 (BRASIL, STJ, 2021b). O entendimento é criticável. Primeiro, considerando que não se deve restringir a legitimidade coletiva para o mandado de segurança coletivo *em tese a a priori*, como visto acima. Segundo, porque há uma contradição nas decisões da corte. Com relação à

Defensoria Pública, o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela ausência de legitimidade da instituição para impetrar mandado de segurança coletivo considerando que o rol dos artigos 5º, LXX, da CF e 21 da Lei 12.016/2009 é taxativo. É dizer, se não é taxativo para incluir o Ministério Público, não há razão para que o seja com relação a outros legitimados. A questão, quanto à natureza do rol legal, portanto, é pressuposta e não pode, logicamente, ser diversa a depender do legitimado.

Não há razão para distinção entre as instituições, neste aspecto. Uma vez admitida a legitimidade em tese do Ministério Público, deve-se também reconhecê-la à Defensoria. As duas instituições possuem estatutura constitucional e são colocadas pela Constituição Federal como permanentes e essenciais à função jurisdicional do Estado e detêm legitimidade para a tutela de direitos coletivos; seus membros - Promotores de Justiça e Defensores Públicos – sujeitam-se ao mesmo teto remuneratório e à remuneração por subsídio; o recebimento de recursos orçamentários ocorre por meio de duodécimos; Lhes é conferida, igualmente, autonomia funcional, administrativa e orçamentária; assim como independência funcional aos membros; o ingresso na carreira ocorre por meio de concurso público de provas e títulos, exigindo-se três anos de atividade jurídica; são regidas pelos princípios unidade, indivisibilidade e independência funcional etc. Ao Ministério Público, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, é incumbida a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, Constituição Federal). À Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados (artigo 134, Constituição Federal).

Por fim, anota-se que tramita a Proposta de Emenda Constitucional - PEC 74/2007, que visa ampliar os legitimados, expressamente, no texto da Constituição Federal, colocando fim ao debate.

*3.2 A Defensoria Pública da União pode ajuizar Pedido de Suspensão de Segurança, de Liminar ou de Tutela Antecipada?*



O Pedido de Suspensão de Segurança, de Liminar ou de Tutela Antecipada encontra previsão legal nas Leis 8.437/1992 (artigo 4º), 12.016/2009 – Lei do Mandado de Segurança – (artigo 15) e 9.494/1997 (artigo 1º). Visa suspender o cumprimento de decisões cuja execução se contraponha ao interesse público, evitando a ocorrência de grave lesão (à ordem; à saúde; à segurança; à economia). Ressalta-se não ser qualquer lesão ao poder público que autoriza a concessão da suspensão pelo presidente do tribunal, devendo, ademais, haver prova cabal das lesões alegadas.

A legitimidade, nesses casos, é conferida pela lei ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público interessada. Posiciona-se a Defensoria Pública, nesse contexto, como parte integrante do ente federativo estatal, que é pessoa jurídica de direito público interessada na realização do interesse público primário, dentre os quais a efetivação de direitos fundamentais. Embora não detenha personalidade, não sendo propriamente uma pessoa jurídica, é instituição dotada de autonomia que possui personalidade judiciária, podendo ser parte. Não se olvide, ainda, ser função da Defensoria Pública (e, por conseguinte, do Estado – União ou Estados Federados, pessoas jurídicas de direito público), a defesa dos direitos dos necessitados.

Sendo assim, em situação que revelem grave lesão, por exemplo, à segurança ou à saúde de pessoas necessitadas, contrapondo-se, por conseguinte, ao interesse público (primário), revela-se a legitimidade da pessoa jurídica de direito público interessada (o Estado Defensor, por meio da Defensoria Pública, instituição incumbida da defesa dos vulneráveis) para o manejo de pedido de suspensão. A única restrição em relação ao requerimento de suspensão formulado pela Defensoria Pública fica por conta da pertinência entre o pedido e suas finalidades institucionais - voltada à defesa dos necessitados e à promoção dos direitos humanos, assim como para resguardar os direitos da própria instituição - qualificada, em qualquer dos casos, pela presença de interesse público.

O entendimento é defendido pela doutrina (ALMEIDA FILHO, MAIA, 2005). No âmbito dos tribunais, há diversos pedidos de suspensão manejados pela Defensoria Pública, nos quais se acolheu, sem maiores debates, a legitimidade da instituição. No Supremo Tribunal

Federal, por exemplo, menciona-se a Suspensão de Tutela Antecipada 800 (BRASIL, STF, 2020) e Suspensão de Liminar 866 (BRASIL, STF, 2019).

Na Suspensão de Segurança 5.049, ajuizada pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI visando obstar reintegração de posse em terra indígena, foi apresentado pedido de extensão, incidentalmente, pela Defensoria Pública. Nessa ação, em decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli (BRASIL, STF, 2019b) indeferiu o pedido de extensão sob o fundamento de que não há legitimidade processual ativa da Defensoria Pública para propor o incidente de suspensão de segurança “para a defesa de seus assistidos”. Entendeu-se, assim, que a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar suspensão de segurança somente ocorre com o objetivo de obstar os efeitos de decisões que impliquem violação de suas prerrogativas institucionais. Até então, em nenhum dos processos envolvendo o tema, o Supremo Tribunal houvera feito tal diferenciação, admitindo-se, como se verifica nos casos supramencionados, de forma geral, a legitimidade para o manejo do pedido de suspensão.

Com efeito, a legitimidade da Defensoria Pública, no que se refere ao pedido de suspensão, abrange tanto a defesa das funções institucionais e de seus membros (artigo 4º, IX, LC 80/1994), quanto o exercício de suas finalidades institucionais - a defesa dos necessitados e a promoção dos direitos humanos – artigo 134, CF/88 (ALMEIDA FILHO; MAIA. 2015). Não faz sentido realizar a diferenciação posta na decisão mencionada, excluindo, *a priori*, a defesa dos assistidos da abrangência do instrumento processual manejado pela Defensoria Pública, já que, também neste caso (salvaguarda dos necessitados), ocorre a defesa das finalidades institucionais, colocadas, de forma geral, na Constituição (artigo 134), ou seja, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos, individuais e coletivos, dos necessitados. Referida finalidade é, ao cabo, de interesse público, pois voltada à realização de direito fundamental por meio da prestação de serviço estatal de assistência jurídica. Demais disso, os requisitos para se aferir a legitimidade estão nas regras que tratam do pedido de suspensão (contraposição ao interesse público, evitando a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia), a partir do que, no *caso concreto*, deve ser analisada.

### 3.3 A Defensoria Pública da União pode ajuizar ação de improbidade administrativa?





Antes das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 havia uma tese em defesa da ampliação da legitimidade nas ações de improbidade administrativa. O artigo 17 da Lei 8.429/1992 previa que a ação deveria ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. A Defensoria Pública, portanto, não aparecia expressamente no rol de legitimados. Embora contasse com muitas resistências, a legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação era amparada por parcela da doutrina.

O artigo 17 da Lei 8.429/1992 previa que a ação deveria ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. A Defensoria Pública, portanto, não aparecia expressamente no rol de legitimados. Isto se justificava, em parte, porque a instituição só passou a existir formalmente com o advento da Constituição de 1988, sendo regulamentada tão somente em 1994, através da Lei Complementar n. 80/1994. Natural, portanto, que a Lei de Improbidade Administrativa, cuja redação original é de 1992 (Lei 8.429/1992) não mencionasse a Defensoria Pública em seu texto original. A Lei 14.230/2021 modificou o dispositivo que tratava da legitimidade para a ação e, ainda assim, a Defensoria Pública não foi incluída literalmente do rol legal. O argumento histórico, portanto, não mais é sustentável.

Argumentava-se também que o instrumento processual utilizado no caso da improbidade era a ação civil pública (BOSON, 2015, p. 353), é dizer, uma ação de Improbidade era uma ação civil pública por Ato de Improbidade. Bem por isso, devido à conexão sistemática entre as Leis 7.347/1985 e 8.429/1992, “a ação civil pública é o instrumento adequado para a repressão dos atos de improbidade administrativa” (KIRCHNER; KETTERMANN, 2013). As alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 afastaram esse entendimento, deixando claro que a ação de improbidade não tem natureza de ação civil pública.

Embora a Defensoria Pública não seja uma pessoa jurídica, não possuindo personalidade jurídica, é instituição dotada de autonomia e detém personalidade judiciária, podendo, assim, ser parte. Dessarte, a instituição, embora sem personalidade, seria equiparável à pessoa jurídica de direito público interessada, para fins de legitimação ativa. Esse raciocínio vem sendo aplicado pelo STF para reconhecer a legitimidade institucional para o manejo de Pedidos de Suspensão (de liminares, de segurança e de tutela antecipada), como visto anteriormente neste texto. Tal argumento também havia sido fulminado pela alteração

promovida na lei da improbidade administrativa, que restringiu a legitimação ao Ministério Público, excluindo a menção às pessoas jurídicas.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 7042 e 7043 (BRASIL, 2022), deferiu medida cautelar para suspender diversos dispositivos trazidos pela Lei 14.230/2021, conferindo interpretação conforme à constituição ao *caput* e parágrafos 6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, no sentido de reconhecer a existência de legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação de improbidade, assim como previa a anterior redação da lei. Esse fundamento, portanto, se mantém e dependerá especialmente do entendimento que for sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal. Como se nota, a questão tem relação direta com a natureza da ação de improbidade, especialmente se ainda se encontra inserida no guarda-chuva do processo coletivo, corrente que ganha força com a decisão supramencionada. A manutenção ou não da tese está atrelada ao que venha a ser consolidado sobre o tema.

Além desses, havia outros fundamentos. Um deles se amparava no fato de que a lei de improbidade administrativa tutela o direito transindividual à moralidade, valor constitucional a ser salvaguardado por toda a sociedade (artigo 37 e 5º, LXXIII, Constituição Federal) e que a constituição não restringe sua proteção a determinadas instituições ou autoridades, não cabendo ao legislador ordinário criar restrição à proteção de direito fundamental difuso que não foi feita pelo constituinte. Esse argumento não se altera, mesmo diante das inovações trazidas pela Lei 14.230/2021.

No que diz respeito à legislação, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública - LC 80/1994, prevê expressamente, dentre as funções institucionais, a promoção de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (artigo 4º, VII e X), disposição que se relaciona com o princípio da não taxatividade e atipicidade das ações coletivas.

Não se deve olvidar, ainda, a existência do microssistema processual coletivo, por meio do qual as normas que tratam da tutela coletiva de direitos se comunicam e se completam. Esse microssistema da tutela coletiva adota o sistema de legitimidade disjuntiva, concorrente e

plúrima, de forma que a atuação da Defensoria Pública, além de somar esforços, em nada prejudica a atuação dos demais legitimados. Todos esses últimos fundamentos, que atuam como reforços argumentativos, se mantêm.

Há ainda um argumento relevante, que se mantém. A ação de improbidade configura meio de controle jurisdicional de atos extremamente passíveis de agravar as desigualdades sociais. Em muitos casos, os principais afetados pelos atos de improbidade são as pessoas e grupos mais vulneráveis, principais usuários dos serviços públicos e público-alvo da assistência jurídica pública. Neste aspecto, a proteção da moralidade encontra-se ligada ao fim institucional, que é a defesa dos necessitados (conforme artigo 134 da Constituição Federal).

Ainda que mantida a maior parte dos fundamentos para a defesa da legitimidade institucional, há ainda que se questionar sobre a compatibilidade entre o perfil institucional da Defensoria Pública e o viés eminentemente sancionatório agora adotado pela lei da improbidade. Não há incompatibilidade. A Lei Complementar 80/1994 dispõe que a instituição, além de exercer a defesa dos direitos de grupos sociais vulneráveis (artigo 4º, XI) deverá atuar na defesa das vítimas de qualquer forma de opressão ou violência (artigo 4º, XVIII).

Uma vez admitida a legitimidade da Defensoria Pública, a ação por improbidade não deve ser utilizada desenfreadamente pela instituição, mas somente quando inserida dentro de suas finalidades institucionais, voltadas à defesa dos necessitados e à promoção dos direitos humanos. Isso será bastante excepcional e, ao que parece, o ponto vem sendo bem observado pelos defensores públicos, considerando que o instrumento só foi utilizado em poucas ocasiões, mormente quando necessário à proteção mais global dos direitos de grupos vulneráveis.

Nas ações de improbidade, o principal papel da instituição está na representação processual das pessoas, físicas e jurídicas, atingidas pela ação. Além disso, é possível que a Defensoria Pública intervenha em uma ação de improbidade na qualidade de *custos vulnerabilis*, no exercício de suas finalidades institucionais, com poderes processuais para requerer a produção de provas e recursais. Essas duas posições processuais (representante da parte e interveniente) alargam a abrangência da atuação institucional na ação e devem abarcar a quase totalidade da atuação institucional nessas ações, sendo o caso de se pensar – ponto que

ainda merece maior reflexão – se haveria a necessidade de conferir legitimidade para iniciar a ação de improbidade.

### 3.4 A Defensoria Pública da União pode ajuizar ação popular?

No que diz respeito à ação popular, a função da Defensoria Pública é de reforço ou de salvaguarda ao cidadão vulnerável. Discute-se se teria legitimidade para ajuizar, em nome próprio, uma ação popular. No Brasil, diante do atual regramento jurídico, a Defensoria não possui legitimidade ativa neste caso. Essa posição não é pacífica. Leis de alguns estados federados, que organizam a instituição, a exemplo da Lei Complementar 65/2003 do Estado de Minas Gerais e da Lei Complementar distrital 828/2010, dispõem competir à Defensoria Pública o patrocínio da ação popular.

Parece, entretanto, que, mesmo nestes casos, o legislador ordinário estadual apenas pretendeu deixar evidente que a instituição tem atribuição para ajuizar a ação popular como representante do cidadão, leitura que se alinha à previsão constitucional e preserva a unidade do ordenamento, por meio de uma interpretação conforme a Constituição, conferindo às leis sentido harmônico com a Carta de 1988 – que indica o cidadão como legitimado para iniciar a ação popular.

Se, diversamente, a leitura for feita no sentido de que as disposições legais atribuem legitimidade extraordinária à Defensoria Pública para atuar como parte autora de uma ação popular, a exemplo do que ocorre na ação civil pública, dispositivos legais daquele tipo serão de constitucionalidade duvidosa.

Há, portanto, duas importantes posições que podem ser ocupadas pela Defensoria Pública em uma ação popular. Primeiramente, pode ajuizar uma ação popular como representante processual do cidadão vulnerável, que é legitimado. Nesta hipótese, age em nome alheio em defesa de direito alheio e, portanto, não atuando como substituto em legitimação extraordinária. Realiza o papel que poderia ser feito por um advogado, caso a parte tivesse condições de contratá-lo ou se aquele resolvesse assumir a causa a título *pro bono*.

Ainda, existe a possibilidade de intervir em uma ação popular, por meio do que vem sendo denominado de intervenção *custos vulnerabilis* (GONÇALVES FILHO; MAIA;

ROCHA, 2020). Essa modalidade de participação reforça a salvaguarda dos vulneráveis via ação popular, na medida em que permite que a instituição atue complementarmente, ainda que a parte esteja representada por advogado, visando promover sua própria finalidade institucional, por meio da defesa dos direitos de grupos necessitados e a promoção de direitos humanos (conforme artigo 134 da Constituição Federal), tornando a disputa processual mais justa.

No plano coletivo, interpretação teleológica do artigo 5º, § 6º, da Lei 4.717/65 reforça a abertura para a intervenção *custos vulnerabilis* na ação popular, uma vez que, se um cidadão, sozinho, ou vários deles, podem atuar como litisconsortes de outro que propôs a ação, não há razão para se vedar que tenham seus interesses representados coletivamente pela instituição cujas funções envolve a defesa de direitos dos necessitados em juízo, sempre que a ação afete os interesses deste grupo ou promova direitos humanos.

### 3.5 Novas tendências: a intervenção *custos vulnerabilis*

Há um claro movimento no sentido de entender que a democracia não precisa estar confinada ao campo político. A criação de novos fóruns, assim como a reformulação dos já existentes (nos quais os grupos dominantes possuem certas vantagens, caso do Poder Judiciário) faz parte de uma reforma já em curso. Além do número de pessoas que participam do processo, a expansão do fenômeno se mede pela quantidade de espaços nos quais se exercita a participação.

Na seara processual, isto se evidencia pelas tendências do Código de Processo Civil 2015 voltadas ao estimular à solução consensual dos litígios a qualquer tempo e ao conferir maior protagonismo e autonomia às partes, com o direito de se manifestar antes sobre o fundamento da decisão judicial (artigo 9º); a possibilidade de realizar mudanças no procedimento via convenção processual (artigos 190 e 191); a previsão da figura do *amicus curiae* (artigo 138); além de outras tendências observadas pela doutrina, como no estímulo aos processos estruturais (ARENHART, 2013) e a intervenção da Defensoria Pública em processos que envolvam interesses de vulneráveis, a denominada **intervenção custos vulnerabilis**.



A intervenção *custos vulnerabilis* vem sendo desenvolvida pela doutrina (GONÇALVES FILHO; MAIA; ROCHA, 2020)<sup>5</sup> e tem encontrado aceitação nos tribunais. O Superior Tribunal de Justiça - além de outros tribunais federais e diversos juízes singulares - admitiu expressamente, em mais de uma oportunidade, a intervenção *custos vulnerabilis* da Defensoria Pública (BRASIL, STJ, 2020). O *leading case* sobre o tema na corte (BRASIL, STJ, 2019) decorreu de pedido feito pela Defensoria Pública da União, que atuou nessa condição em julgamento de recurso especial repetitivo, já que a tese a ser firmada através do julgamento iria afetar outros indivíduos que não participariam diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesados e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde.

Enquanto participação de terceiro interveniente interessado no resultado do processo, a *intervenção custos vulnerabilis* possui fundamento normativo-constitucional, a partir de uma leitura do perfil e dos objetivos constitucionalmente atribuídos à Defensoria Pública. A Constituição Federal, consoante o que consta nos artigos 134 e 5º, inciso LXXIV, dispõe a Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático, responsável pela promoção dos direitos humanos e pela defesa dos necessitados ou, em outros termos, dos vulneráveis (aqueles que possuem insuficiência de recursos para acessar a justiça). A intervenção, portanto, decorre diretamente do texto constitucional, com vistas a se alcançar a missão atribuída à instituição, justificando admitir-se a participação da Defensoria Pública nos processos jurisdicionais, individuais e coletivos, para promover a tutela jurisdicional adequada dos interesses que lhe são confiados pelo modelo constitucional de assistência jurídica<sup>6</sup>.

Se a Constituição outorga determinada atividade-fim significa dizer que também concede todos os meios necessários para a realização dessa atribuição (teoria dos poderes implícitos). A par da teoria dos poderes implícitos, a Lei Complementar 80 aduz que a Defensoria Pública exerce a defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis, no artigo 4º, XI da Lei Complementar 80/94, podendo, para tanto, utilizar todas as

<sup>5</sup> Além do livro em referência, são de consulta obrigatória textos de Maurílio Casas Maia, a quem é atribuído o primeiro uso da expressão.

<sup>6</sup> “Similarmente à atuação do Ministério Público na qualidade de *custos legis* ou, como pertinentemente prefere o CPC de 2015, fiscal da ordem jurídica” (BUENO, 2018, p. 226).



medidas e espécies de ações para propiciar a adequada tutela de seus direitos, nos termos do artigo 4º, incisos V e VII da Lei Complementar 80/94. Ou seja, para a consecução de seu fim institucional a Defensoria Pública pode utilizar-se de todas as medidas processuais necessárias (GONÇALVES FILHO, 2021, p. 235-245).

Além disso, considera-se o próprio histórico da instituição, ligado ao nascimento do cargo de defensor público no Rio de Janeiro dentro dos quadros da Procuradoria Geral de Justiça (Lei Estadual 2.188/1954). Com efeito, a Lei Estadual 2.188/1954, criou, no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, os primeiros cargos de defensor público, dentro da organização do Ministério Público. Posteriormente, em decorrência das disposições da Constituição do novo Estado do Rio de Janeiro foi criada a Assistência Judiciária como órgão autônomo, pela Lei Complementar Estadual 06/1977, o que revela, na gênese da instituição, a vocação interventiva - como, por exemplo, quando atuava como defensor do vínculo matrimonial, em processos nos quais as partes já estavam representadas por advogados - e coletiva.

No que se refere às demandas coletivas, o princípio da não taxatividade e atipicidade das ações coletivas reforça a possibilidade de intervenção *custos vulnerabilis*. Dele decorrem duas conclusões: a atipicidade ou não taxatividade dos direitos coletivos que podem ser tutelados; e a atipicidade ou não taxatividade dos procedimentos que podem servir à tutela coletiva dos direitos. Isso significa que qualquer interesse coletivo (em sentido amplo) poderá ser reclamado, e que a tutela jurisdicional por meio das ações e procedimentos coletivos será ampla, falando-se em princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional, de forma que as mais variadas espécies poderão ser utilizadas para a tutela coletiva. Referido princípio - da não taxatividade e atipicidade das ações coletivas - encontra respaldo também na Lei Complementar 80/94, quando dispõe que poderão ser utilizadas todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa dos interesses (artigo 4º, inciso V), promovidas e admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sociais, econômicos, culturais e ambientais (artigo 4º, incisos VII e X).

Em resumo, pode-se afirmar que a possibilidade de intervenção *custos vulnerabilis* encontra fundamento a partir da missão institucional conferida constitucionalmente à Defensoria Pública, enquanto expressão e instrumento do regime democrático, voltada à promoção dos direitos humanos e à defesa dos necessitados. Trata-se, assim, de uma intervenção de natureza constitucional, justificada, ainda, pela cláusula geral de proteção dos vulneráveis (artigo 4º, XI, LC 80/1994) e com fundamento em normas que reforçaram esta via de atuação em hipóteses específicas, como o artigo 554, §1º do Código de Processo Civil, a Lei de Execuções Penais (artigos 61, VIII e 81-A, caput) e o Estatuto da Criança e do adolescente (artigo 141)<sup>7</sup>.

Havendo, portanto, interesse institucional, a partir da missão atribuída constitucionalmente à Defensoria Pública, especialmente no que tange à promoção de direitos humanos e à salvaguarda – individual e coletiva – dos vulneráveis, nada obsta que ocorra a intervenção do *custos vulnerabilis* em uma ação coletiva ajuizada por outro legitimado coletivo, sempre que não seja o caso de atuar como litisconsorte ativo, garantindo-se que os necessitados tenham voz no processo cuja decisão pode afetar suas esferas jurídicas – individuais ou coletivas – e propiciando ao julgador a formação de uma convicção mais ampla e, por consequência, com menos riscos de se cometer injustiças, tendo em conta a ampliação dos elementos que serão trazidos aos autos.

É importante ter em mente que a *intervenção custos vulnerabilis* é modalidade de participação no processo que não se confunde com o *amicus curiae*. A legitimidade para o ingresso dos *amici curiae* na demanda depende de comprovação da relevância da matéria, sua relação com a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. Já para o ingresso da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* basta, em tese, a demonstração do interesse institucional na demanda, ou seja, que revele relação direta ou potencial com o plexo de direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade. A legitimidade do *custos* é da Defensoria Pública. No caso do *amicus*, é de qualquer cidadão. O *custos vulnerabilis* pode interpor qualquer espécie de recurso. O *amicus*, em regra, não pode recorrer

<sup>7</sup> No plano da legislação estadual, há previsão expressa de intervenção *custos vulnerabilis* na Lei Complementar 54/2006 do Estado do Pará, que dispõe sobre a Defensoria Pública naquele Estado, alterada pela Lei 135/2021 (artigo 6º, XXI).

(salvo embargos de declaração e da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas). Na prática, todavia, observa-se que os próprios membros da instituição – ainda restritos a um paradigma anterior – têm requerido ingresso em alguns processos na qualidade de amigo da corte, quando seria cabível a intervenção *custos vulnerabilis*, a qual, à evidência, propicia mais ampla e efetiva defesa dos direitos de pessoas e grupos vulneráveis.

#### 4 A TUTELA COLETIVA PARA ALÉM DAS AÇÕES COLETIVAS

Embora geralmente seja visualizada pelo ângulo do *processo coletivo tradicional* – aquele que envolve as ações coletivas (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo etc.) – a tutela coletiva de direitos realizada pela Defensoria Pública não ocorre unicamente por essa via.

Conquanto não seja mandatório que uma atuação coletiva seja precedida por **procedimentos individualizados**, eles podem servir como uma espécie de *test cases* -casos-teste, verificando as repercussões, como o assunto é recebido nos tribunais (ROCHA, 2013, p. 70-71), as expectativas de resultado, a formação de precedentes etc., possibilitando, portanto, a atuação estratégica no plano coletivo. A expressão – *test case* – é amplamente utilizada nas class actions norte-americanas. Naquele contexto, “Diz-se do(s) procedimento(s) selecionado(s) pra ser ouvido e julgado antes dos demais procedimentos semelhantes e servir de exemplo para ou mesmo vincular os demais” (GIDI, 2007, p. 486). Nesses casos, o resultado das ações individuais terá repercussão não somente para as partes que as ajuizaram, senão para todo o grupo, já integrando a própria atuação coletiva sobre o tema.

Com efeito, não é incomum que relevantes casos coletivos surjam a partir das demandas individuais que são enfrentadas cotidianamente pelas unidades da instituição espalhadas pelo país. É o que ocorre em situações nas quais, a partir da repetição de demandas individuais, o membro da instituição visualiza a necessidade de uma solução coletiva, seja para pôr fim à massificação advinda da macrolide geradora de litígios multitudinários, seja como forma de se buscar alterar certas estruturas ou culturas sociais que são a fonte das demandas, como ocorre nos processos coletivos estruturais.

Ainda, há certas ações que, embora ajuizadas por uma só pessoa, possuem resultado para toda a coletividade. O julgamento procedente gera efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*.

Tome-se como exemplo o caso de um estudante de Universidade Federal que, representado pela Defensoria Pública da União, ajuíza uma ação visando a reforma das salas de aula da instituição de ensino, para que tenham condições dignas de funcionamento. Os efeitos da decisão serão sentidos por toda a comunidade universitária.

A instituição deve estar atenta e se fazer presente em processos estruturais que possam atingir a esfera de direitos de pessoas ou grupo de vulneráveis. O conflito estrutural, em geral, é marcado por diversas posições e opiniões, que podem até ser antagônicas, motivo pelo qual uma de suas características é multipolaridade. Outra é a alta carga de complexidade. Por isso, o processo deve ser aberto à participação de terceiros. O procedimento, portanto, deve possibilitar esta abertura participativa, garantindo-se maior legitimidade democrática à decisão que será tomada. Acerca disso, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, STJ, 2020b) pontou a necessidade de a decisão estrutural ser construída em ambiente colaborativo, garantindo-se a participação democrática, inclusive, da Defensoria Pública.

Além disso, a instituição pode realizar seu mister coletivo dentro do **sistema de julgamento dos casos repetitivos**, que envolve o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos - conforme o artigo 928 do Código de Processo Civil -, por meio do tratamento de demandas coletivizadas, inclusive como legitimada para o pedido de instauração do IRDR, para o requerimento da suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam sobre o assunto, durante o incidente, assim como para solicitar a revisão da tese jurídica firmada (artigo 986, CPC).

No campo do **processo coletivo especial** – é dizer, aquele que envolve as ações de controle de constitucionalidade – a Defensoria Pública muito se ressentiu da ausência de legitimidade para ajuizar ações de controle abstrato, embora isso não tenha impedido que se fizesse presente nos tribunais por outras vias processuais em casos relevantes para o público vulnerável, utilizando-se, por exemplo, da figura do *amicus curiae*, o que, à evidência, a coloca em evidente posição de desvantagem processual, fragilizando o desempenho de seu mister constitucional, mormente no que diz respeito à defesa dos interesses coletivos dos necessitados e à promoção dos direitos humanos, enquanto expressão e instrumento do regime democrático (artigo 134, Constituição Federal).





É importante, portanto, que se promova alteração no artigo 103 da Constituição Federal, que trata dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, a fim de inserir o Defensor Público-Geral Federal naquele rol. Também através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal será possível estender a legitimação à DPU, caso sedimente-se o entendimento de que grupos vulneráveis e minoritários possam acessar o controle concentrado da constitucionalidade, pelo menos do que diz respeito à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Por fim, a admissão da intervenção institucional *custos vulnerabilis* pela corte, nestas espécies de ações, poderá ser capaz de atenuar a ausência de legitimidade para iniciar processos dessa natureza, melhor balanceando o sistema de justiça.

## 5 CONCLUSÃO

A atuação da Defensoria Pública da União na esfera coletiva tem contribuído para amplificar a voz de pessoas e grupos vulneráveis. Dados da Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2022) apontam um crescente aumento do número de ações coletivas ajuizadas pela instituição nos últimos anos, totalizando 4.634 ações na série história que vai de 2018 a 2021. Mesmo durante o período de isolamento causado pela pandemia da covid-19, quando houve paralisação parcial das atividades e a instituição necessitou se adaptar a novas formas de atendimento, o número continuou crescendo.

NÚMERO DE AÇÕES COLETIVAS AJUIZADAS

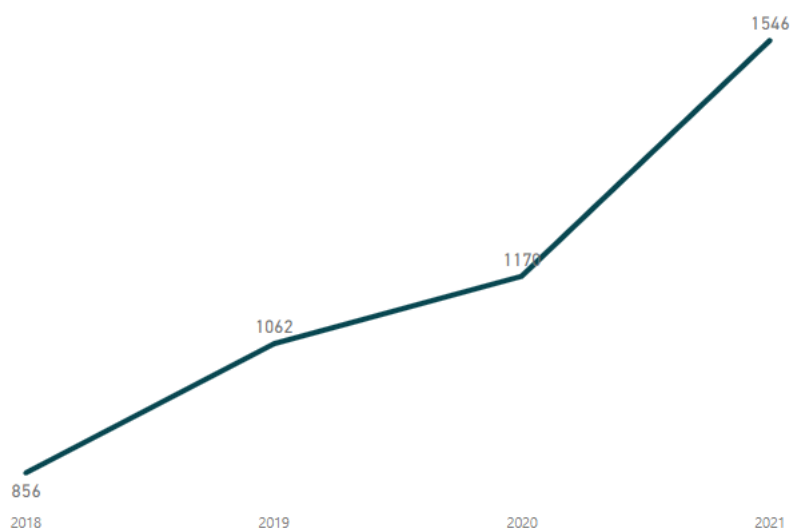


Gráfico extraído da Pesquisa Nacional da Defensoria Pública<sup>8</sup>

Considerando o amplo alcance subjetivo dessas ações, é certo que cada uma delas tem o potencial de beneficiar milhares de pessoas, vulneráveis ou não, sendo certo que, além delas, a instituição desenvolve a atuação extrajudicial – que para os membros da Defensoria Pública da União é prioritária, nos termos do artigo 4º, II, da Lei Complementar 80/1994<sup>9</sup>.

Com efeito, o exercício da assistência jurídica pela instituição – tanto na tutela coletiva quanto na individual – permite uma proximidade com as questões e os problemas reais dos indivíduos e da comunidade no qual estão inseridos, aliando as duas práticas em um fluxo de mão dupla.

Em suma, a instituição transita por todos os eixos do acesso à justiça, é dizer, individual e coletivo, em ambos os casos, judicial e extrajudicial, o que representa, no mínimo no plano formal, amplo acesso à justiça. Essa sua natureza multifacetada tem favorecido para

<sup>8</sup>Além de publicação em forma de e-books, a pesquisa está disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/>. Os gráficos, por unidade da Defensoria Pública, constam no campo Análise Interativa – Atuação Funcional – Número de Ações Coletivas Ajuizadas.

Os números constantes na imagem dizem respeito às ações ajuizadas unicamente pela DPU, sem considerar aquelas que tramitaram no âmbito dos estados-membros, por meio das Defensorias estaduais.

<sup>9</sup> Neste campo (atuação extrajudicial) seria de grande valia a criação de núcleos de atuação especializados, assim como o maior estímulo aos membros, criando-se as condições necessárias à atuação verdadeiramente prioritária, seguindo a disposição legal.



que, na análise dos casos que serão tratados coletivamente, aproxime-se dos problemas reais da sociedade, especialmente dos mais necessitados ou que envolvam a promoção de direitos humanos.

Não por outro motivo, nos últimos anos, a instituição esteve à frente de atuações envolvendo relevantes questões sociais. Embora algumas ações coletivas ajuizadas pela Defensoria Pública da União sejam criticáveis, não se tem notícias de abusos quanto ao uso do instrumento. A existência dessas situações pontuais, vale observar, não é verificável somente em casos manejados pela instituição responsável por prestar assistência jurídica pública.

Como apontado pela doutrina, “A possibilidade daqueles com poucos recursos recorrerem aos tribunais tem sido usada como um importante indicador para medir a consolidação de uma democracia submetida ao controle dos cidadãos (*accountable*)” (GARRO, 2000, p. 307). Embora ainda precise ser aprimorada em muitos aspectos – inclusive quanto à sedimentação de sua legitimidade –, a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva tem contribuído para a construção de um novo cenário, no processo de implementação de um novo paradigma de acesso à justiça, considerando o reforço institucional na promoção de direitos humanos e na defesa dos interesses dos vulneráveis no campo da salvaguarda coletiva de direitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto Souza de; MAIA, Maurilio Casas. O Estado-Defensor e sua Legitimidade para os Pedidos de Suspensão de Liminar, Segurança e Tutela Antecipada. *Revista de Processo*, vol. 239/2015, p. 247-261, Jan/2015 DTR\2014\21367.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 225, 2013.

BOSON, Erik Palácio. *A defensoria pública e a tutela jurisdicional da moralidade administrativa*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



## A TUTELA COLETIVA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

### COLLECTIVE PROTECTION BY THE FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTEVES, Diogo; AZEVEDO, Júlio Camargo de Azevedo; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; JIOMEKE, Leandro Antonio; LIMA, Marcus Edson de; MENEGUZZO, Camylla Basso Franke; SADEK, Maria Tereza; SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Nicholas Moura e; TRAVASSOS, Gabriel Saad; WATANABE, Kazuo. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022*. Brasília: DPU, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo em Recurso Especial 746.846/RJ*. Segunda Turma. Relator Min. Herman Benjamin. Julgado em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo de instrumento 1.249.132/SP*. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em: 24 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de declaração no recurso especial 1.712.163/SP*. Segunda Seção. Relator Ministro Moura Ribeiro. Julgado em: 25 set. 2019. DJe 27/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Petição no habeas corpus 568693/ES*. Sexta Turma. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança 49.257/DF*. Sexta Turma. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe 19 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança 51.949/ES*. Primeira Turma. Relator Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 23 nov. 2021, DJE 25 nov. 2021b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.438.263/SP*. Segunda Seção. Relator Min. Raul Araújo. Julgado em 24. mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.449.416/SC*, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15 mar. 2016. DJe 29 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.854.842/CE*, Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em: 02 jun. 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3943*. Tribunal Pleno. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 07 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 7042 e 7043*. Relator Ministro Alexandre de Moares. Julgamento em:

*Revista Juridicidade Constitucional e Democracia. Vol.1 No. 1.*  
*Universidade do Estado do Rio Grande do Norte: Mossoró, jan./maio 2023.*  
*Campus Universitário Central – Rua Professor Antônio Campos*



17 fev. 2022. DJe-033 DIVULG 18/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.049*. Decisão monocrática. Min. Dias Toffoli. Decisão em: 24 set. 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada 800*. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar 866 AgR/ES*. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em: 13 set. 2019.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GARRO, A. M. Acesso à Justiça para os pobres na América Latina. In: MÉNDEZ, J.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. (org.). *Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria Pública a tutela coletiva de direitos: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

GONÇALVES FILHO, Edilson; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. *Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

KIRCHNER, Felipe; KETTERMANN, Patrícia. A legitimidade da defensoria pública para o manejo de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, vol. 929/2013, p. 361-415. Mar. 2013, DTR\2013\592.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações Constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

NUNES, Leonardo Silva. *Mandado de Segurança Coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. p. 232-259.

ROCHA, Amélia Soares. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013.





A TUTELA COLETIVA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
COLLECTIVE PROTECTION BY THE FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

THOME, J. R. *New models for legal services in Latin America*. Human Rights Quarterly, Baltimore, v. 6, n. 4, p. 521-538, 1984.

ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da defensoria pública para o mandado de segurança coletivo – uma análise a partir do microssistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. *Revista de Processo*, vol. 203/2012, p. 321-343, jan. 2012, DTR\2011\5385.

Recebido em: 10/03/2023

Aceito em: 02/05/2023



# IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

## ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

Osmar Veronese<sup>1</sup>

Andressa Laste<sup>2</sup>

### Resumo

A abolição da escravidão brasileira, no tardio maio de 1888, não impediu sua continuidade no mundo dos fatos. Mais de cento e trinta anos depois, a prática violadora de direitos continua sendo uma realidade. Ciente disso, em 1995, o Poder Executivo Federal criou o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, destinado a receber denúncias e combater a escravidão contemporânea. Até 2021, o referido grupo já resgatou mais de cinquenta e seis mil trabalhadores de condições análogas à de escravo. Parte desses resgates ocorreu em regiões rurais, dentre elas, destaca-se a Amazônia, um subproduto da ocupação incentivada por políticas estatais a partir da década de setenta. Assim, questiona-se como a utilização de trabalho escravo na Amazônia impacta o meio ambiente e a vida humana? Em busca de respostas, a pesquisa, que obedece ao método de abordagem indutivo e o procedimento histórico e bibliográfico, indica que a utilização de mão de obra escrava na região da Amazônia Legal produz graves violações, atacando o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à dignidade da pessoa humana, erosionando ganhos civilizatórios seculares aparentemente sedimentados no seio do Estado Social, como condições dignas de trabalho, liberdade física e a própria vida.

**Palavras-chave:** Amazônia; Impactos ambientais; Trabalho escravo; Dignidade humana.

### Abstract

The abolition of Brazilian slavery, in late May 1888, did not prevent its continuity in the world of facts. More than one hundred and thirty years later, the practice that violates rights continues to be a reality. Aware of this, in 1995, the Federal Executive Branch created the Special Group for Mobile Inspection, designed to receive complaints and combat contemporary slavery. By 2021, this group has already rescued more than fifty-six thousand workers from conditions similar to slavery. Part of these rescues took place in rural regions, among which the Amazon stands out, a by-product of the occupation encouraged by state policies from the 1970s onwards. Thus, it is questioned how the use of slave labor in the Amazon impacts the environment and human life? In search for answers, the research, which obeys the inductive method of approach and the historical and bibliographical procedure, indicates that the use of slave labor in the Legal Amazon region produces serious violations, attacking the fundamental right to an ecologically balanced environment and to the dignity of the human person, eroding secular civilizing gains apparently sedimented within the Social State, such as dignified working conditions, physical freedom and life itself.

**Keywords:** Amazon; Environmental impacts; Slavery; Human dignity.

<sup>1</sup> Doutor (Universidade de Valladolid/Espanha). Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado em Direito - da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. Procurador da República/ Ministério Público Federal.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo. Especialista.



## **1. INTRODUÇÃO**

A presença de trabalho escravo na região amazônica tem sido amplamente noticiada e, em muitos casos, torna-se objeto de atenção estatal nas vias administrativa e judiciária. Objetivando compreender as consequências ambientais e humanas que a utilização da mão de obra escrava ocasiona na Amazônia Legal, é necessário contextualizar, primeiramente, alguns fatos que contribuíram para a incidência do trabalho escravo na região. Um deles foi o firme incentivo governamental para a ocupação da área, a partir da década de 70, com financiamentos e projetos que levaram milhares de migrantes em busca de trabalho ou nova vida, tendo como efeito colateral a eclosão de conflitos fundiários, humanos e ambientais.

É nesse contexto que esta pesquisa, por meio do método de abordagem indutivo e procedimento bibliográfico, visa responder ao seguinte questionamento: como a utilização de trabalho escravo na Amazônia Legal impacta o meio ambiente e a vida humana? Nessa busca, o estudo inicia noticiando o trabalho escravo na Amazônia, avança pela análise da degradação ambiental e humana que a exploração do trabalho escravo produz na região e conclui que essa prática existe e produz graves desequilíbrios no ambiente e na vida dos nativos e dos que para lá acorrem em busca de promessas e/ou sonhos.

A abordagem do tema se justifica pelo viés informativo à sociedade, na medida em que relaciona trabalho escravo contemporâneo e seus impactos no meio ambiente, além de sinalizar a necessidade da implementação de políticas públicas destinadas a erradicar essa mazela brasileira.

## **2. O TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA**

A legalidade de possuir escravos no Brasil persistiu até 1888, quando Isabel, Princesa Regente do Império, pela Lei Áurea, aboliu oficialmente a escravidão. Em que pese as atenuantes anteriores por meio da Lei Euzébio de Queiroz (1850), Lei do Ventre Livre (1871) e Lei dos Sexagenários (1885), é a partir desse marco que o Estado brasileiro tomou a iniciativa de coibir essa prática.



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

No entanto, a Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, não foi capaz de impedir a existência do trabalho escravo no Brasil, pois o ato não culminou na sua extinção no mundo fático, haja vista que o Estado não implementou reformas sociais visando à inclusão dos escravos recém-libertos na sociedade.

Embora a escravidão possua características diferentes ao longo da história e de um país para o outro, o pressuposto de tratar o ser humano como um objeto é algo comum, pois desde os primórdios o ato de escravizar enseja o processo de coisificação do ser humano.

Escravizar é, portanto, tolher a autonomia, a autodeterminação, o livre arbítrio de outrem para fins de exploração. É a violação da liberdade sob uma perspectiva ampliada, uma liberdade que se confunde com dignidade, uma liberdade enquanto autonomia individual, atributo que possibilita o ser humano construir sua própria individualidade, escolher seu modo de ser, eleger seus projetos de vida, agir conforme seu pensamento. (CAVALCANTI, 2020, p. 70).

A Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº 29 de 1930, disciplina que o trabalho escravo pode ser entendido como todo e qualquer trabalho exigido de um indivíduo para o qual ele não se ofereceu voluntariamente. O Código Penal brasileiro, no artigo 149, com redação dada pela Lei 10.803, de 2003, tipifica a redução de indivíduo à condição análoga à escravidão ao dispor quatro elementos que podem ser considerados de maneira isolada ou combinada: cerceamento de liberdade, servidão por dívida, condições degradantes de trabalho e jornada exaustiva.

Em que pese o Brasil ter sido um dos últimos países a abolir a escravidão, foi um dos primeiros do mundo a admitir, oficialmente, perante a comunidade internacional, a existência de trabalho forçado em seu território, estabelecendo políticas públicas baseadas em Grupos Especiais de Fiscalização Móvel, cuja composição conta com diversos agentes do Estado. (SAKAMOTO, 2020).

A partir de então, o país adotou a terminologia “trabalho escravo” ao instituir políticas públicas que versassem sobre o crime, tornando-se uma referência mundial no combate a essa violação de direitos humanos. Com base no trabalho das equipes de fiscalização móvel, o Ministério da Economia concluiu que, de 1995 a 2021, mais de cinquenta e seis mil pessoas foram resgatadas em situação de escravidão no país.



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

Ainda que essa prática violadora de direitos trabalhistas e humanos também ocorra nos grandes centros urbanos, é no âmbito rural, especialmente na região da Amazônia Legal, que sua prática tem maior incidência de casos, pois o incentivo para ocupação da região, por meio do Governo Federal, na década de 70, fez com que centenas de pessoas migrassem em busca de trabalho.

Em virtude da enorme riqueza de recursos naturais que apresenta em seu bioma, a Amazônia foi apresentada, por discursos ambientalistas, como sendo o “pulmão do mundo”<sup>3</sup>. No entanto, o governo militar que foi instaurado após o golpe de 1964 se mostrava apreensivo com esses discursos, pois temia a possibilidade de internacionalização do território em razão da baixa densidade populacional.

Em 1966, por meio da Lei n. 5.173, o governo federal criou a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia, a Sudam. O *slogan* veiculado exaustivamente nos meios de comunicação era “Integrar para não entregar”. Ou seja, integrar a Amazônia ao território brasileiro para não entregá-la à comunidade internacional. Havia também razões econômicas, como o desenvolvimento de polos de exportação de minérios e gado, além da criação de minifúndios em áreas de maior concentração populacional para atender as vítimas da seca no Nordeste e os trabalhadores que não tinham empregos ou terras em outras regiões do país. O governo os “convidou” para que se deslocassem para a Amazônia. E atraiu simultaneamente grandes empreendimentos de capital financeiro e industrial, tanto brasileiros como estrangeiros para investimento na região a partir de incentivos fiscais, empréstimos a juros baixos orientados especialmente para atividades de pecuária, mineração e extração de madeira. (FIGUEIRA, 2020, p. 59).

A propaganda de recrutamento de trabalhadores pelo Poder Público foi o primeiro momento para atrair migrantes para a região e, posteriormente, grandes empreendimentos de capital financeiro nacional e internacional tiveram incentivos fiscais para investimentos. Consequentemente, inúmeras atividades começaram a ser exploradas, dentre elas a pecuária, agricultura, extração de látex e madeira e a garimpagem. (FIGUEIRA, 2020, p. 59).

Isso propiciou a eclosão de conflitos fundiários impactando as famílias que viviam na

---

3 A Amazônia Legal possui extensão de 5.015.068,18 km<sup>2</sup>, correspondentes a 58,9% do território brasileiro, e é composta por 772 municípios que são distribuídos da seguinte forma: 52 municípios de Rondônia, 22 municípios do Acre, 62 do Amazonas, 15 de Roraima, 144 do Pará, 16 do Amapá, 139 do Tocantins, 141 do Mato Grosso, 181 Municípios do Estado do Maranhão situados ao oeste do Meridiano 44°, dos quais, 21 deles, estão parcialmente integrados na Amazônia Legal, e por oito países: Brasil, Bolívia, Equador, Guiana, Peru e Venezuela. (IBGE, 2022).





## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

região há séculos, uma vez que migrantes regionais se apropriaram indevidamente de terras, como também empreendimentos divorciados da atividade rural se instalaram nas áreas já ocupadas, muitas com incentivos fiscais.

Em Conceição e Santana foram instaladas empresas cuja atividade principal não era a pecuária, como Volkswagen, Atlântica Boa Vista, Supergás, Bradesco, Bamerindus, Manah, Óleos Pacaembu, Nixdorf, ou famílias como Andrade, Lunardelli, Mutran e Quagliato. Os empresários adquiriram glebas e algumas indústrias, como a Volkswagen, detiveram mais de 100 mil hectares. Legal ou ilegalmente, cercaram terras não importando se nelas viviam antigos moradores, sobretudo ribeirinhos, e não deixaram que sobrassem áreas para as dezenas de milhares de famílias pobres que chegaram com a promessa de que receberiam lotes de 100 hectares, sendo 2 hectares preparados para a agricultura, além de auxílio de custo mensal, entre outros benefícios. (FIGUEIRA, 2020, p. 60).

O processo de ocupação da região não foi totalmente regular, haja vista que áreas prioritárias foram definidas consoante as suas potencialidades e aptidões naturais para o aproveitamento econômico, como foi o caso da Usina Hidrelétrica de Tucuruí, no Rio Tocantins, cuja instalação resultou na expulsão de aproximadamente 30 mil moradores que viviam há décadas na região e sem conflito de terras. (CHAVES, 2006, p. 89-97).

Ainda que muitas pessoas tenham migrado objetivando se assentarem como colonos pelo Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária, essa expectativa não foi atendida e muitos não tiveram alternativa a não ser adentrarem em áreas ainda não tituladas e delas se apossarem.

Além do conflito de terras, a utilização de mão de obra forçada foi aumentando na região, tanto nos grandes empreendimentos industriais quanto nas atividades rurais, pois com o crescente número de migrantes regionais, além dos moradores locais sendo retirados de suas terras, a busca por trabalho aumentou, sendo estes submetidos à restrição de liberdade, violência física e assassinatos.

Naqueles anos, dezenas de conflitos fundiários explodiram, impactando centenas de famílias e causando aquilo que aos poucos foi sendo reconhecido como trabalho escravo contemporâneo. A região mais beneficiada pelos projetos de desenvolvimento governamental se confundia com a área que se tornou o epicentro do conflito agrário e do trabalho escravo contemporâneo. [...] Houve denúncias contra a fazenda Vale do Rio Cristalino, que pertencia à Volkswagen, nos anos de 1973 a 1975, e de 1981 a 1983. Ali teria ocorrido trabalho escravo sob pretexto de dívidas com restrição de



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

liberdade, violência física e assassinato de trabalhadores que tentaram escapar. (FIGUEIRA, 2020, p. 61-62).

No início do século XX o descobrimento da árvore de onde se extrai o látex, utilizado para a fabricação da borracha, inseriu a Amazônia no mercado internacional e deu início ao chamado “ciclo da extração da borracha vegetal” em função da abundância de árvores gomíferas nativas e do preço internacional do produto. A descoberta da atividade atraiu diversos brasileiros e quíchuas na busca de uma vida melhor, todavia, consequentemente, o tráfico de trabalhadores nos seringais também foi atrativo para alguns empresários.(FIGUEIRA, 2020, p. 61-62).

Buscando atender brasileiros e bolivianos na exportação do caucho vegetal, bem como no transporte de outros produtos do Atlântico, surgiu a necessidade de ligação entre o rio Madeira ao rio Mamoré. Assim, a estrada de ferro Madeira-Mamoré foi construída e batizada como ferrovia da morte, porquanto milhares de trabalhadores, utilizados como mão de obra forçada na construção, faleceram, muitos em decorrência da exposição a doenças tropicais, tais como a malária, além das condições degradantes de trabalho. (FIGUEIRA, 2020, p. 61-62).

Durante as décadas de 60 e 70, as primeiras levaras de denúncias de trabalho escravo contemporâneo foram feitas em razão do avanço da fronteira agropecuária. O uso forçado e irregular de mão de obra ainda se acha presente nas frentes de mineração dos garimpos ilegais da Amazônia Legal.

Comumente a atividade inicia por uma pessoa que não é necessariamente possuidor da área, porém que goza de recursos financeiros suficientes para adquirir o maquinário essencial para dar abertura no garimpo, raramente se deslocando até o local, pois, para tanto, contrata uma espécie de “gerente” que organizará a atividade e a “contratação” de mão de obra. (CALIXTO, Acesso em 28 de outubro de 2022).

Nos rincões da Amazônia, em especial nos garimpos, em regra o trabalho análogo ao de escravo se apresenta da seguinte forma: quando o empregador exige dos trabalhadores pagamento de gramas de ouro como condição para poderem rescindir seus contratos de trabalho e deixar o garimpo, ou quando uma cooperativa de garimpeiros é fraudulenta e serve de instrumento de arregimentação de trabalhadores garimpeiros para inseri-los em minas, com um meio ambiente de trabalho extremamente inseguro e insalubre, colocando a vida desses trabalhadores em elevado



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

risco permanente.(BRUNO; NETTO; TEIXEIRA, 2020, p. 215).

Um estudo feito pelo Observatório da Mineração, no ano de 2021, mostrou que desde o ano de 2008, mais de trezentos e trinta trabalhadores foram resgatados somente em garimpos brasileiros em condições análogas à de escravo em mais de trinta operações na região da Amazônia Legal.

O Pará é o estado campeão com larga margem, com 12 operações. As fiscalizações ocorreram sobretudo na Amazônia e no Nordeste, nos estados do Amazonas, Amapá, Rondônia, Mato Grosso e na Bahia, Paraíba e Rio Grande do Norte. Apenas o Tocantins, com uma operação, está no Centro-Oeste. Em comum, os trabalhadores são encontrados em condições precárias, sem instalações adequadas para alojamento, sem banheiros, consumindo água contaminada, com alimentação improvisada, sem equipamento de proteção, em jornadas exaustivas, sem qualquer vínculo formal e não raro submetidos a dívidas acumuladas com o dono do garimpo. Situações que configuram trabalho análogo à escravidão. Nos garimpos, é o ouro que lidera a incidência, seguido da extração de pedras preciosas como a ametista, o garimpo de caulim e gesso e o estanho. (ANGELO, Acesso em 28 de outubro de 2022.

Dados do Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil (<https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso 01/01/2023) mostraram que 474 trabalhadores já foram resgatados na zona rural, em condições análogas às de escravo, de 2004 a 2021, na região amazônica e que até 14 de setembro de 2022 mais de mil e trezentas pessoas foram resgatadas de trabalho escravo em zonas rurais em todo o país.

Diversas atividades que utilizam mão de obra escrava são praticadas nas zonas rurais, em áreas de proteção ambiental, e não possuem a devida regulamentação e cumprimento das diretrizes legais, o que motiva inúmeros impactos ao meio ambiente, haja vista a não preocupação ambiental, que resulta em um desmatamento ilegal desenfreado, como também contaminação de rios e populações que vivem nesses locais.

### 3. O TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA COMO AMEAÇA À VIDA

O trabalho escravo contemporâneo, no olhar deste estudo e conforme as equipes especiais de fiscalização móvel, concentra-se, fortemente, no meio rural. Desde o ano de 1995, é possível verificar que a mão de obra escrava é usada para o desmatamento da mata nativa, atividades de agricultura e pecuária, limpeza de áreas para a construção de empreendimentos,



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

dentre outras atividades.

Nas zonas rurais, trabalhadores promovem a “limpeza” do terreno para o cultivo da agricultura e implantação da pecuária, além de outras atividades, o que proporciona o desmatamento na região.

Uma das principais causas do desmatamento da Amazônia brasileira é a expansão da pecuária na região da Amazônia Legal. Os pecuaristas são atraídos pelas taxas de retorno até quatro vezes maiores do que em outras regiões do país. Os lucros elevados são decorrentes de uma série de fatores: condições geográficas e climáticas favoráveis; índices pluviométricos, temperatura e umidade relativa do ar elevados, que contribuem para a redução dos custos na formação de um ambiente adequado à criação do gado. Somados a esses fatores de ordem natural, fatores de ordem jurídica também atraem os pecuaristas. A precária regularização fundiária da região, a apropriação de terras públicas mediante falsas escrituras e o desmatamento permanente de novas áreas na floresta são fatos comuns. Aliado a isso, destaca-se a contratação irregular de mão-de-obra como aspecto igualmente frequente na região. (COSTA, 2010, p. 61)

Acontece que essas atividades, quando exercidas de forma ilegal ou irregular, acabam danificando, de forma considerável e alarmante, o meio ambiente. Um estudo recente publicado pela Rede Amazônica de Informação Socioambiental Georreferenciada identificou mais de quatro mil locais de prática de mineração ilegal, sendo metade no Brasil e mais de dois mil localizados em terras indígenas. (OBSERVATÓRIO DA MINERAÇÃO, 2022)

O estado de Roraima pode ser mencionado a título elucidativo, pois é a região onde todos os garimpos existentes são irregulares e/ou ilegais e estão localizados em terras indígenas sob promessa de legalização pelo então Chefe Executivo, em 2021, com base no projeto de Lei nº 191/2021. A mineração ilegal, além de produzir impactos sobre comunidades indígenas, ribeirinhas e extrativistas e sobre espécimes de flora e fauna ameaçadas de extinção, também prejudica demasiadamente florestas públicas, unidades de conservação federais e recursos hídricos.

Segundo o Instituto Nacional de Pesquisas Especiais, entre os anos de 2019 e 2020, mais de vinte mil hectares foram degradados e transformados em áreas para mineração na Amazônia Legal. (PLENAMATA, 2022)

Não obstante, as atividades garimpeiras irregulares e/ou ilegais ocasionam a contaminação dos rios e dos peixes, como também da população ribeirinha, quilombola e



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

indígena que vive na região, pois metais pesados, como mercúrio, são utilizados e acabam prejudicando irreparavelmente o meio ambiente e a vida humana.

O mercúrio, aplicado ao material colhido de solos e subsolos, amalgama-se ao ouro, formando compostos que podem ser separados do rejeito e destinados, posteriormente, à queima. Nessa fase, ocasiona-se a evaporação do mineral intermediário e a concentração, em pepitas, de ouro em estado elevado de pureza. [...]. Fundando-se nas metodologias atuais mais rústicas de uso de mercúrio e estimando a aplicação desse insumo a pelo menos dez por cento da produção mineral aurífera daquele século, Warren Dean observa que a Mata Atlântica pode ter, nesse período, suportado lançamentos de até cem toneladas de mercúrio, com efeitos incalculáveis para a biota. (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/roteiros-da-4a-ccr/ManualMineraoIlegaldoOuronaAmazoniaVF.pdf>. Acesso em 25 de outubro de 2022, p. 171).

O incentivo da atividade garimpeira por meio do Governo Federal, nos anos de 2019 e 2020, provocou o lançamento de grande quantidade de mercúrio nos recursos hídricos na região amazônica, sendo esse volume estimado em cem toneladas, utilizados para a extração ilegal do ouro. (PLENAMATA, 2022).

Com essa preocupação, a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) realizou, no ano de 2019, uma pesquisa nas aldeias de Maturacá e Ariabu, no Amazonas, cujos resultados demonstraram grande preocupação em razão do alto índice de contaminação por mercúrio em mulheres e crianças Yanomami.

São 9,6 milhões de hectares entre os estados de Amazonas e Roraima em uma região rica em minérios. Nela, vivem cerca de 26 mil indígenas ianomâmis que têm sido altamente impactados pela presença de garimpeiros ilegais. Recentemente, a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) chamou atenção para os dados preliminares de uma pesquisa inédita que revela a contaminação por mercúrio em mulheres e crianças, das aldeias de Maturacá e Ariabu, localizadas na Região de Maturacá no estado do Amazonas. De acordo com o estudo que analisou amostras de cabelo de quase 300 indivíduos, 56% dos indígenas apresentaram concentrações de mercúrio acima do limite estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que é de 2 microgramas por grama (ou ppm). Em 4% da população analisada havia concentrações acima de 6 microgramas por grama, considerado o limite para o surgimento de efeitos adversos à saúde. A partir dessa concentração de mercúrio no cabelo, aumentam as chances de surgirem danos neurológicos graves. (Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-niveis-elevados-de-mercuro-em-criancas-e-mulheres-indigenas>. Acesso em 30 de outubro de 2022).

Além de serem submetidas à contaminação pelo metal pesado, em razão dos garimpos





## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

ilegais, outros perigos rondam os povos originários, como é o caso de duas crianças indígenas da comunidade Makuxi Yano, região do Parima, Terra indígena Yanomani, em Roraima, que morreram por afogamento ao serem sugadas por uma draga utilizada por garimpeiros para realizar a sucção de minérios.

De acordo com relatos feitos por lideranças locais, as duas crianças nadavam no rio, perto de uma balsa usada por garimpeiros, e teriam sido sugadas pela draga que faz a sucção de minérios. Um dos corpos foi encontrado pelo Corpo de Bombeiros no dia seguinte e o outro, dois dias depois do incidente. Entre as questões que serão investigadas estão a eventual responsabilidade de invasores da terra indígena e a possível omissão dos órgãos responsáveis pela proteção das comunidades em questão, informou o MPF. Já existem ações judiciais em andamento exigindo proteção territorial aos Yanomami e apurações sobre violações de direitos da comunidade. (Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-10/mpf-vai-investigar-morte-de-criancas-indigenas-sugadas-por-draga>. Acesso em 30 de outubro de 2022).

Um estudo promovido pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais constatou que mais de vinte mil hectares foram degradados na Amazônia para atividade de mineração. Além disso, indicou que, em 1985, apenas 6% da Amazônia havia sido convertida em áreas antrópicas, ou seja, áreas para pastagens, agricultura e mineração e, no ano de 2020, esse percentual chegou a 15%. (INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS, 2021a).

Conforme o Projeto de Monitoramento do Desmatamento na Amazônia Legal por Satélite (PRODES), a taxa de desmatamento na Amazônia revelou que houve 7.989 mil Km<sup>2</sup> de corte raso<sup>4</sup> no período de agosto de 2015 a julho de 2016. O mesmo estudo apontou o resultado de 7.536 km<sup>2</sup> de corte raso no período de agosto de 2017 a julho de 2018, indicando o resultado um acréscimo de 8,5% em relação a 2017, ano em que foram apurados 6.947 km<sup>2</sup>.

No mesmo sentido, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações apontou que a taxa consolidada de desmatamento por corte raso para os nove estados da Amazônia Legal, em 2020, foi de 10.851 km<sup>2</sup>. (INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS, 2021b) Para o desmatamento de grandes áreas e a abertura de espaço para o plantio da soja e criação do gado, fazendeiros se utilizam de grandes quantidades de agrotóxicos, por meio de avião,

4 O PRODES considera como desmatamento por corte raso a remoção completa da cobertura florestal primária, independentemente da futura utilização destas áreas.



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

sobre a floresta Amazônica e outros biomas. Um levantamento realizado pela ONG Repórter Brasil e Agência Pública revelara que nos últimos dez anos, cerca de trinta mil hectares de vegetação nativa foram envenenados, área equivalente a trinta mil campos de futebol.

Esses foram os casos que caíram na fiscalização do Ibama, que aplicou mais de R\$ 72 milhões em multas de 2010 a 2020 especificamente em casos de desmatamento com pulverização aérea de agrotóxicos. Com o desmonte da fiscalização ambiental promovida pelo governo Bolsonaro, o problema tende a ser maior do que os dados apontam. Como todos esses casos ocorreram sem autorização dos órgãos ambientais, não é possível saber se os responsáveis tiveram o cuidado de tirar os animais e as pessoas que circulavam por essas áreas enquanto o avião jogava os químicos. O processo lembra aquele usado pelo exército norte-americano durante a guerra no Vietnã, quando aviões americanos despejaram o agente laranja, um agrotóxico que tinha a função de “neutralizar” a floresta, usada como refúgio do exército local. Além de matar a vegetação vietnamita, que até hoje contém resíduos desses tóxicos, o [agente laranja continua fazendo vítimas](#). Após quase 50 anos do fim da guerra, muitas crianças no país nascem com deficiências como síndrome de Down, paralisia cerebral e desfiguração facial extrema. Um dos agrotóxicos que faziam parte da composição do agente laranja, o 2,4-D, foi encontrado pelos fiscais na fazenda que usou veneno para destruir a maior área de floresta. O caso ocorreu em Paranatinga, no Mato Grosso, estado que lidera o ranking de envenenamento da floresta. (REPÓRTER BRASIL, 2022).

O mesmo levantamento de dados apontou o estado do Mato Grosso como o local onde a floresta mais recebeu agrotóxicos pulverizados por avião, ficando o Amazonas em segundo lugar, Santa Catarina em terceiro e Rio Grande do Sul em quarto lugar. (REPÓRTER BRASIL, 2022) Igualmente, um levantamento realizado pelo “Atlas Geografia da assimetria: o ciclo vicioso de pesticidas e colonialismo na relação comercial entre o Mercosul e a União Europeia”, revelou o avanço das propriedades agrícolas que usam agrotóxicos na região da Amazônia Legal e que estão relacionadas com o avanço do desmatamento na região conhecida como “arco do desmatamento”. (REPÓRTER BRASIL, 2022).

Como consequência dessa aplicação indiscriminada de agrotóxicos, por via aérea, uma comunidade foi intoxicada no Estado do Maranhão. O Ministério Público do Maranhão, a Polícia Civil e os órgãos ambientais investigam o despejo irregular de agrotóxicos, após moradores de dois povoados afirmaram que, por três dias seguidos, aviões despejaram o veneno em uma comunidade, o que provocou intoxicação em ao menos nove pessoas. (G1, 2021)

Mas de todas as fotografias dos diversos Brasis, a mais impactante, sem dúvida, é a da



tragédia humanitária que se abate sobre os povos Yanomamis, morrendo de fome e de doenças curáveis, encurralados em suas próprias terras. Para se ter uma ideia, “nos últimos quatro anos (2019-2022), 570 crianças com menos de 5 anos morreram no território yanomami por “mortes evitáveis”, um aumento de 29% em comparação ao quadriênio anterior”. (MACHADO, 2023). Não morreram só em razão da presença do trabalho escravo por lá, mas também em razão dela.

Ante o exposto, percebe-se que a utilização de mão de obra escrava na Amazônia Legal constitui-se grave ameaça à vida humana, tanto dos escravizados quanto das populações que sofrem o impacto das novas e, muitas vezes, ilegais atividades predatórias desenvolvidas, produzindo desequilíbrios irreversíveis, com inegável afronta ao mandamento constitucional que garante um meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, direito das presentes e futuras gerações.

#### **4. A VIOLAÇÃO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE SAUDÁVEL E EQUILIBRADO EM RAZÃO DO TRABALHO ESCRAVO NA REGIÃO AMAZÔNICA**

A utilização de mão de obra escrava na Amazônia Legal ocasiona impactos na vida humana e ambiental, indo de encontro ao mandamento constitucional de 1988 que prescreve o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal de 1988, no art. 225, pela primeira vez no Brasil, insere o tema “meio ambiente” em sua concepção unitária. Ela garante o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Além disso, conceitua o meio ambiente como “bem de uso comum do povo”, o que significa lhe ter sido atribuído o regime jurídico de um bem que pertence à coletividade, como agrupamento natural não dotado de personalidade jurídica. O meio ambiente pertence, indivisivelmente, a todos os indivíduos da coletividade e não integra, assim, o patrimônio disponível do Estado. (REIS, 2006, p. 102).

Conforme a Política Nacional do Meio Ambiente (lei nº 6.938/81), entende-se por meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Igualmente, “[...] a



doutrina também considera que a interação de elementos naturais, artificiais e culturais também integra o meio ambiente.” (MAZZILLI, 2006, p. 144).

A Política Nacional do Meio Ambiente inaugurou uma nova fase em que o meio ambiente passou “[...] a ser objeto autônomo de tutela jurídica. Em resumo, o meio ambiente passou a merecer proteção legislativa por seu valor em si mesmo, e não pela importância que representa para outros direitos”. (RODRIGUES, 2016, p. 95).

Percebe-se, portanto, que essa nova fase alcança todas as formas de vida que não só aquelas que fazem parte da biota, como também da biodiversidade, protegendo-se o meio que as abriga ou que permitam a sua subsistência. (MAZZILLI, 2006). De igual forma, a lei nº 6.938/81 elenca o conceito de degradação ambiental ao disciplinar que ela consiste na alteração adversa das características do meio ambiente, e o conceito de poluição como sendo a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que de forma direta ou indireta prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população e afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiental.

Embora o meio ambiente seja regido por princípios e diretrizes que objetivam a tutela da vida sob todas as suas formas, a intervenção do ser humano no planeta terra tem produzido profundas alterações no mundo natural em razão do permanente e constante uso dos recursos naturais, e essa ação intervencionista, ao longo dos anos, provocou efeitos negativos de ordem quantitativa e qualitativa, principalmente com o surgimento da “era da industrialização” que exigia padrão produtivo em larga escala. (AREND; HERBSTRIETH; VIEIRA, 2008).

Dentre os principais impactos causados ao meio ambiente, a degradação ambiental constitui o de maior relevância, uma vez que pode ser entendida como a destruição, deterioração ou desgaste provocados ao meio ambiental em razão de atividades econômicas e de aspectos populacionais biológicos (MCGRATH; MIERES, 2020), haja vista que a produção em massa suscitou uma sociedade de consumo que, por sua vez, acelerou o processo de intervenção e utilização dos recursos naturais na região amazônica, de forma indevida e/ou irregular, desde o incentivo estatal, na década de 70, para o processo de ocupação da região.

Devemos abordar o modo como o trabalho é inserido dentro das cadeias produtivas,



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

ou melhor, redes de produção. Do ponto de vista dos negócios, um bem só pode ser produzido obtendo o conjunto correto de insumos (no preço certo e no tempo certo) por meio de uma cadeia de produção. Mas em cada etapa no qual um insumo é necessário, uma gama de condições deve existir (ou passar a existir). Mão de obra adequadamente treinada, regulamentos sobre acesso a recursos naturais, infraestrutura de transporte e logística são alguns dos exemplos que permitem salientar a complexidade característica do processo produtivo. (MCGRATH; MIERES, 2020, p. 135).

O voraz modelo econômico universalizado que, em muitos casos, não respeita peculiaridades, causa danos de grande monta, consoante aponta Enrique Leff:

A deterioração ambiental, a devastação dos recursos naturais e seus efeitos nos problemas ambientais globais (perdas de biodiversidade, desmatamento, contaminação da água e solo, erosão, desertificação [...] são em grande parte consequência dos padrões de industrialização, centralização econômica, concentração urbana, capitalização do campo, homogeneização do uso do solo e uso de fontes não renováveis de energia. (LEFF, 2009, p. 42).

Sublinhe-se que, parte dos empresários que exercem suas atividades na Amazônia Legal tem dificuldade de considerar o ambiente como um ativo valioso, preocupando-se mais com os lucros advindos da exploração ilegal/indevida/irregular dos recursos naturais, diminuindo ou zerando investimentos com a contratação formal de empregados, treinamentos, qualificações e capacitações e, menos ainda, com o pagamento de licenças ambientais.

Consequentemente, “[...] o uso irresponsável ou irregular dos recursos naturais destruirá ou contaminará os mananciais, promoverá a erosão, eliminará espécies vegetais e animais, poluirá a atmosfera, alterará o clima. Teremos danos incalculáveis com a degradação do *habitat*, em prejuízo de todas as espécies”. (MAZZILLI, 2006, p. 147).

Do mesmo modo, o uso imprudente dos recursos naturais aprofunda a vulnerabilidade da população que vive em meio deles e/ou se utiliza deles para sobreviver, tornando-a presa fácil para o aliciamento ao trabalho análogo ao de escravo. Nesse sentido a escravidão e a destruição ambiental acabam se tornando um círculo vicioso.

Uma das maneiras de se empregar escravos é a exploração e destruição do meio ambiente natural numa escala crescente. Isso não se resume apenas a, por exemplo, pessoas escravizadas serem usadas como mão de obra para destruir florestas e aumentar emissões de gases de efeito estufa, intensificando assim as mudanças climáticas. Tampouco se restringe a um caso de mudanças climáticas levando a secas, inundações ou desertificação que forcem pessoas a situações de maior





## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

vulnerabilidade, levando-as a se tornar vítimas do trabalho escravo contemporâneo. O que tem acontecido, e ainda acontece no mundo inteiro todos os dias, é um ciclo de escravidão e destruição ambiental que segue sem cessar, destruindo tanto o mundo natural quanto as vidas das pessoas escravizadas e forçadas a levar a cabo a destruição desse ambiente natural. (BALES, 2020, p. 157).

Com a ocupação desordenada, a pressão populacional acaba estimulando o uso predatório da terra e, conseqüentemente, destruindo a biodiversidade, levando à perda de florestas, reservas florestais e recursos hídricos.

A pressão populacional estimula o uso da terra, destruindo a biodiversidade e levando à perda de florestas. Reservas florestais protegidas são alvo de criminosos que utilizam trabalhadores escravizados e sua destruição libera grandes quantidades de CO<sub>2</sub> na atmosfera. Devido principalmente a esse desmatamento baseado na mão de obra escrava, a escravidão é considerada o terceiro maior emissor individual de CO<sub>2</sub> do mundo, ficando atrás da China e dos Estados Unidos. Perdas florestais também causam inundações e podem ser catastróficas para comunidades costeiras que vêm experimentando um aumento de tempestades devido a furacões e ciclones ou tsunamis. (BALES, 2020, p. 163).

Logo, é indubitável que “[...] estamos esgotando o capital natural da Terra, com uma velocidade sem precedentes e com grande aceleração, vivendo de maneira que provavelmente venha a ser insustentável [...]” (SAAVEDRA, 2014, p. 52). A humanidade se depara, portanto, com diversos problemas globais que estão provocando danos não só à biosfera, como também à vida humana, pois não podem ser entendidos de forma isolada, haja vista serem sistêmicos.

Quanto mais estudamos os principais problemas de nossa época, mais somos levados a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes. Por exemplo, somente será possível estabilizar a população quando a pobreza for reduzida em âmbito mundial. A extinção de espécies animais e vegetais numa escala massiva continuará enquanto o Hemisfério Meridional estiver sob o fardo de enormes dívidas. A escassez dos recursos e a degradação do meio ambiente combinam-se com populações em rápida expansão, o que leva ao colapso das comunidades locais e à violência étnica e tribal que se tornou a característica mais importante da era pós-guerra fria. (CAPRA, 2006, p. 14).

A utilização do trabalho escravo na Amazônia Legal viola direitos trabalhistas e direitos humanos fundamentais e pode ser percebido como uma ameaça à garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, conforme estabelecido na Declaração de Estocolmo de 1972 e na Constituição Federal brasileira de 1988.



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

Igualmente, a utilização de mão de obra escrava, ao violar tais direitos, também desrespeita o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais, uma vez que, consoante Ingo Wolfgang Sarlet, o conceito de dignidade da pessoa humana está relacionado, diretamente, com o respeito que se dá e que se espera receber.

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano e merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra toda e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 42-43).

Conforme suscitam Maturana e Varela ao vivermos em um mundo fazemos parte dele e vivemos em meio a outros seres vivos e devemos compartilhar o nosso processo vital com eles, de forma harmônica e respeitosa.

Vivemos no mundo e por isso fazemos parte dele; vivemos com outros seres vivos e, portanto, compartilhamos com eles o processo vital. Construímos o mundo em que vivemos durante nossas vidas. Por sua vez, ele também nos constrói ao longo dessa viagem comum. Assim, se vivemos e nos comportamos de um modo que torna insatisfatória a nossa qualidade de vida, a responsabilidade cabe a nós. (MATURANA; VARELA, 2001, p. 10-11).

Importante reiterar que o círculo vicioso do trabalho escravo e da destruição ambiental não aconteceu repentinamente, pelo contrário, ele é resultado de centenas de anos de atividade escrava com utilização indevida/irregular/incorreta dos recursos naturais que o meio ambiente oferta.

Ante o exposto, observa-se que os atos praticados em face do meio ambiente recaem sobre todos os seres vivos que habitam, não somente a região onde a atividade irregular é exercida, mas, em todo o planeta terra, reforçando a responsabilidade universal de defesa desses bens marcados pela transindividualidade, integrantes do rol dos direitos difusos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

Ao concluir o estudo, na linha da hipótese que aparece costurando o texto, responde-se afirmativamente, a utilização do trabalho escravo na Amazônia Legal impacta gravemente o meio ambiente e a vida humana, simbolizada pela tragédia que se abateu sobre os Yanomamis, cujas imagens ecoam mundo afora.

Para chegar a essa resposta ao questionamento formulado, olhou-se para a história, constatando-se fortíssimo incentivo estatal, especialmente a partir da década de 70, para a ocupação da região amazônica, intervenção que alavancou o fluxo migratório de pessoas em busca de terra e trabalho, impulsionando conflitos fundiários e desequilíbrios na cosmovisão dos povos originários, inserindo parte dos forasteiros e dos locais para o exercício de atividades em condições análogas à de escravo.

As novas atividades que esse processo produziu, muitas vezes, desrespeitam direitos fundamentais básicos, descumprindo diretrizes legais estabelecidas, ao menos, na legislação trabalhista e na de proteção ambiental. Há, de um lado, profundas mudanças nas relações econômicas e sociais, precarizando-se as relações de trabalho, e, de outro, entrelaçadas, surgem diversas formas de poluição, contaminando-se recursos naturais pelo manejo indevido e pela inserção de novos venenos, com consequências tão graves que nenhum estudo é capaz de descrever.

O câmbio praticado na região da Amazônia Legal, com forte alicerce em mão de obra análoga à de escravo, promove a corrosão do solo, desmatamentos desenfreados, contaminação dos recursos hídricos por metais pesados e poluição do ar por uso de agrotóxicos, dentre outros impactos ambientais irreversíveis, como a diminuição da camada de ozônio na atmosfera.

Assim, conclui-se que os trabalhadores aliciados para laborarem na região amazônica são submetidos a atividades que colocam em risco sua vida, a vida de terceiros e o equilíbrio ambiental. Práticas errôneas de plantio, desmatamento, uso de metais pesados, contaminação dos recursos hídricos e aplicação de agrotóxicos, são os principais causadores da degradação e destruição ambiental e, conseqüentemente, principais agentes causadores de impacto irreversível na vida ambiental e humana.

A escravidão, desde seus primórdios, revela o processo de coisificação do ser humano,



utilizado como mercadoria e apropriado por seu próprio semelhante, algo que fere de morte o princípio constitucional da dignidade humana. Infelizmente, essa é uma prática que se perpetua, embora sua legalidade tenha sido abolida há mais de 130 anos, sustentada na ambição desenfreada pelo lucro, temperada pela perversão e pela sensação de impunidade que determinados setores da sociedade brasileira ainda mantém. Mudança cultural, fiscalização e punição são medidas necessárias para que prevaleça o respeito à legislação, pois leis não faltam, talvez falte à parcela dos escravizadores subirem um degrau na escalada civilizatória.

## 6. REFERÊNCIAS

ANGELO, Mauricio. **Exclusivo: mais de 300 trabalhadores em condições análogas à escravidão foram resgatados em garimpos no Brasil**. Observatório de Mineração, Brasil, 06 de julho de 2021. Disponível em: <https://observatoriodamineracao.com.br/exclusivo-mais-de-300-trabalhadores-em-condicoes-analogas-a-escravidao-foram-resgatados-em-garimpos-no-brasil/>. Acesso em 28 de outubro de 2021.

AREND, Cassio Alberto; HERBSTTRITH, Waldemar; VIEIRA, João Telmo. Meio Ambiente do Trabalho como instrumento para a construção de uma constituição social: Uma análise teórico-jurídica sobre a ciência e ecologia. In: LEAL, Mônica Clarissa Hennig; CECATO, Maria Aurea Baroni; RUDIGER, Dorothée Susanne (Org.) **Constitucionalismo Social: O papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização**. 1 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 127-142

BALES, Kevin. O impacto da escravidão nas mudanças climáticas. In: SAKAMOTO, Leonardo. (Org) **Escravidão Contemporânea**. 1ªed. – São Paulo: Contexto, 2020. p.151-172

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981.

BRUNO, Allan de M.; NETTO, Roberto R. R.; TEIXEIRA, Raoni B. B.. Trabalho escravo contemporâneo nos garimpos. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Mineração ilegal de ouro na Amazônia: marcos jurídicos e questões controversas**. Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2020, p. 215-223. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/roteiros-da-4a-ccr/ManualMineraoIlegaldoOuronaAmazniaVF.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2021.



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

CAPRA, Fritjof. **A teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CALIXTO, Bruno. **Como é um garimpo ilegal em reserva na Amazônia.** Revista Época, Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2017. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/ciencia-e-meio-ambiente/blog-do-planeta/noticia/2017/08/como-e-um-garimpo-ilegal-em-reserva-na-amazonia.html>. Acesso em 28 de outubro de 2021.

CAMARGOS, Daniel. **Pecuarista que vende gado para grandes frigoríficos entra na ‘lista suja’ do trabalho escravo.** Repórter Brasil. 05 de abril de 2021. Disponível em <https://reporterbrasil.org.br/2021/04/pecuarista-que-vende-gado-para-grandes-frigorificos-entra-na-lista-suja-do-trabalho-escravo/>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. Como o Brasil enfrenta o trabalho escravo contemporâneo. In. SAKAMOTO, Leonardo. (Org) **Escravidão Contemporânea.** 1ªed. São Paulo: Contexto, 2020.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. **Onze trabalhadores foram resgatados de situação análoga à escravidão em Mato Grosso.** Redação CUT. 26 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/onze-trabalhadores-foram-resgatados-de-situacao-analoga-a-escravidao-em-mato-gro-2e6f>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

CHAVES, Valena J. A utilização da mão-de-obra escrava na colonização e ocupação da Amazônia. Os reflexos da ocupação das distintas regiões da Amazônia nas relações de trabalho que se formaram nestas localidades. In: FAVA, Marcos. VELLOSO, Gabriel. (Coord). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação.** São Paulo: LTr, 2006. p. 89-97

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. **Combatendo o trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil.** 1. ed. Brasília: ILO, 2010.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. O trabalho escravo após a Lei Áurea. In. SAKAMOTO, Leonardo. (Org) **Escravidão Contemporânea.** 1ªed. São Paulo: Contexto, 2020. p.53-66.

FREITAS, HÉLEN. **Fazendeiros jogam agrotóxico sobre Amazônia para acelerar desmatamento.** Repórter Brasil. 16 de novembro de 2021. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2021/11/fazendeiros-jogam-agrotoxico-sobre-amazonia-para-acelerar-desmatamento/>. Acesso em 30 de outubro de 2021.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Estudo aponta níveis elevados de mercúrio em crianças e mulheres indígenas.** Fiocruz, Brasil, 19 de agosto de 2019. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-niveis-elevados-de-mercúrio-em-criancas-e>





## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

mulheres-indigenas. Acesso em 30 de outubro de 2021.

G1 MARANHÃO. **Inquérito que apura intoxicação de comunidade por agrotóxico lançado de avião no Maranhão é prorrogado.** G1 Maranhão. 18 de agosto de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2021/08/10/investigacoes-que-apuram-intoxicacao-de-comunidade-por-agrotoxico-lancado-de-aviao-sao-prorrogadas-no-maranhao.ghtml>. Acesso em 20 de novembro de 2021

G1 MATO GROSSO. **Trabalhadores são resgatados de fazenda onde viviam em curral em meio a fezes, morcegos e pulgas em MT.** G1 Mato Grosso. 21 de setembro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2021/09/21/trabalhadores-sao-resgatados-de-fazenda-onde-viviam-em-curral-em-meio-a-fezes-morcegos-e-pulgas-em-mt.ghtml>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Amazônia Legal.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/cartas-e-mapas/mapas-regionais/15819-amazonia-legal.html?=&t=o-que-e>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

INSTITUTO CHICO MENDES DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. **Operação resgata trabalhadores de garimpo ilegal.** Ministério do meio Ambiente. 23 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/9911-operacao-resgata-trabalhadores-de-garimpo-ilegal>. Acesso em 15 de novembro de 2021. 2021a.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. **INPE consolida 7.536 km² de desmatamento na Amazônia em 2018.** Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. 25 de junho de 2019. Disponível em: [http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod\\_Noticia=5138](http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5138). Acesso em 15 de novembro de 2021. 2021b.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. **A estimativa da taxa de desmatamento por corte raso para a Amazônia legal em 2019 é de 9.762 km².** Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. 18 de novembro de 2019. Disponível em: [http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod\\_Noticia=5294](http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5294). Acesso em 15 de novembro de 2021.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura:** a territorialização da racionalidade ambiental. São Paulo: Cortez, 2009.

MACHADO, Cecilia. **A tragédia Yanomami que os números poderiam antecipar.** Disponível em: <https://www.eusoulivres.org/artigos/a-tragedia-yanomami-que-os-numeros-poderiam-antecipar/>. Acesso em 10 de fevereiro de 2023.

MANZOLLI, Bruno; RAJÃO, Raoni. **Os garimpos são de papel, mas a destruição é real.**



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

Plenamata, Brasil, 24 de setembro de 2021. Disponível em: <https://plenamata.eco/2021/09/24/garimpos-papel-destruicao-real/>. Acesso em 28 de outubro de 2021.

MATURANA, Humberto H., VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19. ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MCGRATH, Siobhán; MIERES, Fabiola. Trabalho escravo contemporâneo: um negócio lucrativo e global. In. SAKAMOTO, Leonardo. (Org) **Escravidão Contemporânea**. 1ª ed. – São Paulo: Contexto, 2020. p. 129-150.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Inspeção do Trabalho já resgatou 55 mil trabalhadores de condições análogas às de escravo**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/trabalho/julho/inspecao-do-trabalho-ja-resgatou-55-mil-trabalhadores-de-condicoes-analogas-as-de-escravo>. Acesso em 15 de novembro de 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Mineração ilegal de ouro na Amazônia: marcos jurídicos e questões controversas**. Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/roteiros-da-4a-ccr/ManualMineraoIlegaldoOuronaAmazoniaVF.pdf>. Acesso em 25 de outubro de 2022.

OBSERVATÓRIO DA MINERAÇÃO. **Amazônia tem 4,5 mil locais de garimpo ilegal identificados, mais da metade no Brasil**. Disponível em: <https://observatoriodamineracao.com.br/amazonia-tem-45-mil-locais-de-garimpo-ilegal-identificados-mais-da-metade-no-brasil/>. Acesso em 30 de outubro de 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 29: abolição do trabalho forçado**.

PLENAMATA. **As feridas da Amazônia nos últimos 15 anos**. Plenamata, Brasil, 20 de setembro de 2021. Disponível em: <https://plenamata.eco/2021/09/20/as-feridas-da-amazonia-nos-ultimos-15-anos/>. Acesso em 28 de outubro de 2022.

REIS, José Pedro dos; TRINDADE, Raquel Pinto. Degradação ambiental e humana – O trabalho escravo nas carvoarias. In. VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord) **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 98-124



## IMPACTOS AMBIENTAIS E HUMANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA LEGAL

### ENVIRONMENTAL AND HUMAN IMPACTS CAUSED BY THE PRACTICE OF SLAVE LABOR IN THE LEGAL AMAZON

REPÓRTER BRASIL. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2021/11/fazendeiros-jogam-agrotoxico-sobre-amazonia-para-acelerar-desmatamento/>. Acesso em 30 de outubro de 2022. 2022.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquemático**. coordenação Pedro Lenza. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAAVEDRA, Fernando Estenssoro. **História do debate ambiental na política mundial 1945-1992**: a perspectiva latino-americana. Coleção Relações Internacionais e globalização n. 46. Trad. Daniel Rubens Cenci. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAKAMOTO, Leonardo. O Trabalho Escravo contemporâneo. In. SAKAMOTO, Leonardo. (Org) **Escravidão Contemporânea**. 1ªed. – São Paulo: Contexto, 2020.

SEGALLA, Vinícius. **Garimpo ilegal mantinha 80 pessoas no Pará tomando água da chuva e usando mata como banheiro**. Brasil e Fato, Brasil, 18 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/08/18/garimpo-ilegal-mantinha-80-pessoas-no-para-tomando-agua-da-chuva-e-usando-a-mata-como-banheiro>. Acesso em 28 de outubro de 2022.

SUZUKI, Natália; PLASSAT, Xavier. O perfil dos sobreviventes. In. SAKAMOTO, Leonardo. (Org) **Escravidão Contemporânea**. 1ªed. – São Paulo: Contexto, 2020

VILELA, Pedro Rafael. **MPF vai investigar morte de crianças indígenas sugadas por dragas**: Caso ocorreu na Terra indígena Yanomami, em Roraima. Agência Brasil, Brasil, 19 de outubro de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-10/mpf-vai-investigar-morte-de-criancas-indigenas-sugadas-por-dragas>. Acesso em 30 de outubro de 2022

Recebido em: 24/02/2023

Aceito em: 14/04/2023



## A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIÁLOGO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

### THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DIALOGUE BETWEEN RULE OF LAW AND DEMOCRACY

Marcelo Alves Dias de Souza<sup>1</sup>

#### Resumo

A justificação da jurisdição constitucional é tema central para a democracia, eis que desafia o controle da vontade da maioria por parte de juízes. Nesse contexto, o artigo vai abordar a questão em torno da busca por maior legitimidade na atuação judicial levando em conta metodologia a qual, partindo de revisão bibliográfica, desenvolve aspectos da teoria do direito em torno de como o debate entre procedimentalismo e substancialismo pode ser melhor compreendido no contexto do formalismo e do realismo jurídicos. Esse é o ponto de partida para a compreensão da nova dimensão da separação de poderes enquanto compartilhamento de poder, essencial para se estabelecer os limites da politização da justiça. Conclui-se sustentando que a legitimidade da jurisdição constitucional passa pelo respeito à política, mas também pelos direitos das minorias a partir de decisões judiciais devidamente motivadas e amparadas e obedientes aos valores da estabilidade, previsibilidade, igualdade e celeridade.

**Palavras-chave:** legitimidade da jurisdição constitucional; Estado de Direito; Democracia.

#### Abstract

The justification of judicial review is a central aspect of democracy, because it challenges the control of the peoples' will by judges. In this context, this paper will analyze the question concerning the search for more legitimacy on adjudication through methodology which, departing from bibliographic review, develops aspects of jurisprudence on the debate between proceduralism and substantialism, which may be best understood in the context of formalism and legal realism. This will be the starting point for the comprehension of the new dimensions of separation of powers as sharing of power, an essential task in establishing the limits on the justice politization. In conclusion, it is argued that the legitimacy of judicial review demands respect of politics, but also an observation on right's minorities by duly motivated judicial decisions, which must obey values as stability, predictability, fairness and celerity.

**Key-words:** judicial review legitimacy; rule of law; democracy.

---

<sup>1</sup> Procurador Regional da República. Doutor em Direito (PhD in Law) pelo King's College London – KCL. Mestre em Direito pela PUC/SP.



## 1. INTRODUÇÃO

O que é a jurisdição constitucional?

A pergunta, que parece simples, é ardilosa. E é muito comum o profissional do direito, quando confrontado com a questão, equivocadamente reduzir o conceito de jurisdição (ou de justiça) constitucional à ideia do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em sentido estrito que, embora talvez o mais importante, é apenas um dos seus aspectos. Nunca as decisões judiciais no Brasil foram tão contestadas, por profissionais do direito ou por leigos em geral (nas ruas, nas tais redes sociais e por aí vai), como estão sendo hoje. Não só as decisões judiciais; o trabalho do Ministério Público também. E, confesso, em ambos os casos, algumas vezes, com inteira razão.

Essas contestações nos levam à questão da legitimidade das decisões judiciais, que, por sua vez, envolve a necessária complementaridade entre o Estado de Direito e a democracia. É verdade que a democracia é definida como o governo da maioria, baseado na soberania popular; mas o Estado de Direito consagra a supremacia da Constituição e das leis do país, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de todo o poder estatal, para a proteção não só da maioria, mas, também (e sobretudo), dos direitos das minorias (e mesmo em desfavor daquela, a maioria). A regra da maioria ou da democracia, portanto, só se legitima se respeitados, na forma da lei e da Constituição, os direitos de todos, inclusive os das minorias. Mas aí que está: nesta nossa sociedade tão “líquida” – para usar uma palavra da moda, roubada do sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman –, onde o individualismo, a desregulamentação e mesmo a balbúrdia prevalecem, como fazemos para dar maior legitimidade às decisões do nosso Poder Judiciário?

Além da correção em si das suas proposições – o que seria o mais importante, por óbvio –, existem algumas providências mínimas, de ordem técnica e procedimental, que ajudam a dar uma legitimidade sempre maior às decisões judiciais. O grau de convencimento – leia-se, aqui, de legitimidade – de uma decisão judicial depende de muitos outros fatores: a forma de recrutamento dos juízes, a imparcialidade e o renome do juiz/órgão jurisdicional da decisão, a excelência da motivação em si, a acessibilidade à decisão, o respeito a determinados valores





(estabilidade, previsibilidade, celeridade, igualdade), o seu grau de relação/proximidade com os textos da Constituição e das leis do país, a aceitação pelos demais poderes, desaguando tudo isso na própria aceitação popular.

Este artigo vai abordar a questão posta levando em conta metodologia a qual, partindo de revisão bibliográfica, desenvolve aspectos da teoria do direito em torno de como o debate entre procedimentalismo e substancialismo pode ser melhor compreendido no contexto do formalismo e do realismo jurídicos. Esse é o ponto de partida para a compreensão da nova dimensão em torno da separação de poderes enquanto compartilhamento de poder, essencial para se compreender os limites da politização da justiça. Conclui-se sustentando que a legitimidade da jurisdição constitucional passa pelo respeito à política, mas também pelos direitos das minorias a partir de decisões judiciais devidamente motivadas e amparadas e obedientes aos valores da estabilidade, previsibilidade, igualdade e celeridade.

## **2 – PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO**

Giorgio Del Vecchio, em suas famosas “Lições de Filosofia do Direito”, nos conta que Immanuel Kant certa vez afirmou: “Ainda procuram os juristas uma definição do seu conceito de Direito”. (DEL VECCHIO, 1979, p. 331) Mesmo passados tantos anos, a afirmação, parece, não perdeu o seu valor.

A verdade é que, de modo aproximado (e, sobretudo, leigo), todos nós temos a noção do que seja o direito. Todavia, uma definição precisa dele, ao mesmo tempo abrangente, para atender a todos os imperativos filosóficos e também à realidade jurídica, ainda está longe de ser alcançada, ao menos em termos universalmente aceitos.

Dependendo do approach (como dizem os ingleses), da forma como o estudioso encara o direito, o seu conceito dele pode variar incomensuravelmente. Com isso quero afirmar que, encantado por uma determinada escola filosófica, o jurista moderno pode cair no equívoco de tomar essa escola como incontestavelmente verdadeira e, assim, não enxergar no direito uma natureza (ou sequer um diferente matiz) que ele, de fato, possui.



De logo, há uma célebre dicotomia na ciência jurídica, muito importante para o estudo filosófico do direito, entre formalismo e realismo. Primeiramente, o debate aqui gira em torno da questão de ser o direito uma ciência autônoma, completa, com seus próprios axiomas e métodos de raciocínio e suficiente por si só. Com fundamento nessa autonomia e completude, os formalistas acreditam que o resultado de qualquer disputa/questão judicial está, na letra da lei, potencialmente previsto. Dada certa legislação (ou, sendo mais abrangente, certo “direito”), com seus conceitos e comandos, e dada certa categoria de fatos aos quais a legislação se aplica, nós podemos antecipadamente afirmar como um juiz ou tribunal decidirá, se corretamente aplicada a legislação ao fato. Formalmente, sem recorrer a outros postulados, a “literalidade” da lei decide o caso.

Muito embora hoje em dia ser chamado de formalista no direito soe quase ofensivo, o fato é que esse tipo de visão, em defesa da “literalidade da lei”, teve, no decorrer da história, muitos defensores. Robert Hockett, em “Little Book of Big Ideas – Law” (HOCKETT, 2009, p. 80-81), por exemplo, lembra que, já na antiga China, uma famosa escola de pensamento jusfilosófico – a dos chamados legalistas, inspirados pelos escritos do aristocrata ateuista Han Fei (280-233AC) e de outros defensores do irrestrito poder estatal – deliberadamente defendeu a supremacia da legislação baseada em sofisticados argumentos formalistas. Convém lembrar, também, como mais um exemplo, a conhecida escola da exegese – capitaneada, entre outros, por Demolombe, Bugnet e Aubry –, fruto do surgimento do Código de Napoleão, para a qual o famoso Código representava a única fonte de direito, um todo perfeito e sem quaisquer lacunas, devendo o jurista pesquisar o direito vigente tão-somente nas regras ali previstas. Assim, essa escola negava aos julgadores a possibilidade de recorrer a outras fontes para a solução dos casos concretos. Formalistas existem até hoje, alguns até extremistas, para quem a lei é tudo e algo mais.

Os formalistas/legalistas, sem dúvida, colocam o julgamento (a decisão judicial) sempre à sombra da legislação (de uma legislação que seria “perfeita e acabada”). Talvez até fosse o ideal, dando ao direito uma objetividade sempre desejada, mas, por inúmeras razões, como lembra Ronald Dworkin, em “Levando os direitos a sério” (DWORKIN, 2002, p. 128-129), isso não pode ser plenamente concretizado na prática.



Pode-se dizer que é contra esse “formalismo” que se bate o realismo jurídico, um tipo de pensamento gerado, sobretudo nos Estados Unidos da América, em períodos diferentes, por dois grupos de juristas distintos. Os realistas, como explica Paulo Nader, em “Filosofia do direito” (NADER, 1995, p. 188), adotam “um método empírico de investigação científica em que se dá preeminência à realidade concreta e se rejeita a presença de comandos ideológicos” e valorizam “a prática judicial na definição de direito”, com um “papel secundário atribuído às disposições legais”.

A ideia-chave do realismo jurídico está na consagrada frase de Oliver Wendell Holmes Jr., considerado um precursor do movimento na virada do século XIX para o XX, constante do seu livro “Common Law” (escrito em 1881): “a existência do Direito não tem sido lógica; tem sido experiência” (HOLMES JR, 2004, p. 1). Um segundo grupo de “legal realists” aparece ao longo dos anos 1930, avançando nos trabalhos dos antecessores. Entre outras coisas, eles sugeriram que o processo de elaboração da decisão judicial é fundamental para o entendimento do que é o direito que os juízes decidem com base numa variedade de razões, somente algumas das quais são conscientes, racionais e analíticas<sup>2</sup>.

Claro que há aqueles que não se encaixam nos “moldes” (bastante sectários, diga-se de passagem) do formalismo ou do realismo. Eles enxergam o direito por uma perspectiva mais variada, acreditando, a meu ver acertadamente, que a verdade está a meio caminho entre os dois polos.

A dicotomia entre procedimentalismo e substancialismo, hoje tão importante para o direito constitucional, é, a meu ver, uma versão, digamos mais avançada e sofisticada, da antiga disputa entre o formalismo e o realismo, porque, ao final, acaba influenciando o grau de “ativismo” (na falta de uma palavra melhor) que a jurisdição constitucional – e os seus juízes, por conseguinte – deve prestar às suas decisões. Como fundamento dessa dicotomia –

---

2 Outros fatores na tomada da decisão são mais complexos e menos óbvios. Phillip J. Cooper, em “Public Law and Public Administration”, assim resume o pensamento do “legal realism”: “O Direito consiste em um conjunto de decisões tomadas por pessoas no poder. Essas decisões não são necessariamente racionais. Os juízes têm preferências e valores, e suas decisões, bem ou mal, são afetadas por características herdadas ou adquiridas que eles trazem para a magistratura. O comportamento dos juízes também é afetado, especialmente em tribunais, pelo fato de que tais cortes são órgãos colegiados que operam com toda a força e todas as fraquezas impostas pela dinâmica de pequenos grupos”. (COOPER, 2000, p. 59)



procedimentalismo versus substancialismo – está o grau de dirigismo que dada Constituição dá à implementação de direitos previstos no seu texto, especialmente direitos econômicos, sociais e culturais.

O procedimentalismo defende o papel instrumental da Constituição, no sentido de apenas garantir a higidez do processo de tomada de decisões do Estado e os instrumentos de participação democrática, com uma prevalência da discricionariedade política inerente ao Estado democrático. O procedimentalismo até permite a penetração de certos valores substantivos no processo de tomada de decisão na jurisdição constitucional, mas apenas de maneira secundária, sem influir decisivamente na decisão final.

Assim, o Judiciário é apenas um garantidor do processo deliberativo. Ele deve assegurar o pleno funcionamento dos canais deliberativos. Mas é a própria sociedade, diretamente ou representada nos seus poderes democráticos (refiro-me ao Legislativo e ao Executivo), de geração em geração, com as suas bases axiológicas, que deve decidir quando e como se dará a implementação dos direitos previstos na Constituição. Para o procedimentalismo, a implementação dos direitos previstos na Constituição não é um papel fundamental do Poder Judiciário, rejeitando, portanto, aquilo que costumamos chamar de ativismo judicial.

O substancialismo, por sua vez, valoriza, em grau elevado, o conteúdo material da Constituição. Ele dá a esse conteúdo um papel diretivo – daí a teoria da constituição dirigente de José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 1993)–, cabendo à legislação ordinária e ao Judiciário desenvolver e operacionalizar os pressupostos axiológicos da Constituição (direitos fundamentais sociais, econômicos etc.). Assim, a jurisdição constitucional deve atuar, com grande liberdade, em espaços da política, outrora reservados aos tidos “poderes políticos”.

O substancialismo fomenta o ativismo judicial da jurisdição constitucional no afã de concretizar os chamados “projetos constitucionais”. Permite que os juízes determinem a implementação de políticas públicas, trazidas como princípio na Constituição, até mesmo sem a deliberação do Poder Legislativo, sendo suficiente para tanto, em muitos casos, a mera constatação de inércia do Executivo em executar as “promessas constitucionais”. O substancialismo favorece, assim, a ampla judicialização de uma infinidade de temas.



Bom, o embate entre o procedimentalismo e substancialismo se dá em vários campos. A judicialização da saúde é um exemplo clássico. Mas, hoje, a judicialização da política, em sentido amplo e restrito, favorecida pelo substancialismo, é que preocupa deveras.

### 3 – GOVERNO DOS JUÍZES E COMPARTILHAMENTO DE PODERES

A doutrina da separação de poderes sugere, ou mesmo exige, que as funções legislativa, judiciária e executiva do Estado sejam exercidas por órgãos ou poderes distintos. Em princípio, cada macaco no seu galho, sobretudo se imaginarmos aquela concepção rígida de separação de poderes, fruto da Revolução Francesa e da desconfiança nos juízes do Antigo Regime, segundo a qual os poderes Legislativo e Executivo são exercidos, através de seus representantes, em nome do povo soberano, não cabendo aos juízes imiscuírem-se nas atividades próprias a esses dois poderes<sup>3</sup>.

Entretanto, a coisa não é assim tão preto no branco. De fato, é possível dizer que a teoria da separação não é tão rígida a ponto de impedir totalmente o exercício, por um dos poderes do Estado, de função, em regra, atribuída a outro poder. Como lembra Fernando Whitaker da Cunha, em “Teoria Geral do Estado: Introdução ao Direito Constitucional”, pressentida por Aristóteles, esboçada na China, no século VII, pela dinastia Tang, esquematizada por São Tomás de Aquino e formulada, modernamente, por Montesquieu, a teoria da separação dos poderes, apesar de entendida como fundamental para o poder político atuar, não merece a

---

3 O exemplo da House of Lords, a câmara alta do Parlamento Reino Unido, em sentido contrário, é bastante conhecido. Ela foi, durante muito tempo, até 2009 mais precisamente, também a mais alta corte de justiça do Reino Unido. Aliás, segundo nos lembram Mary Ann Glendon, Michel Wallace Gordon e Christopher Ossakwe (GLENDON; GORDON; OSAKWE, 1982, p. 129), “a função judicial da House of Lords antecede [melhor dizendo, antecedia] a sua função legislativa”. Entretanto, até o mais conservador dos conservadores há de rever suas tradições quando o panorama da sociedade, espontaneamente ou por pressão externa, impõe mudanças que não podem ser adiadas. As pressões externas vieram; o panorama mudou. E veio a Suprema Corte do Reino Unido (Supreme Court of the United Kingdom), criada pelo Constitutional Reform Act de 2005 (com efeitos a partir de 2009). E o objetivo principal do fim das funções judiciais da Casa dos Lordes (mais concretamente da abolição do Appellate Committee of the House of Lords) e da criação da Supreme Court of the United Kingdom resta evidente das discussões previamente empreendidas pelas instituições envolvidas: atribuir a órgãos distintos as funções legislativa e judicial do Reino Unido, em clara homenagem ao princípio da separação dos poderes e ao preconizado na Convenção Europeia de Direitos Humanos. O fato é que, após relevantes serviços, a House of Lords deixou oficialmente de funcionar, como a mais alta corte de justiça do Reino Unido, em setembro de 2009.





reverência quase religiosa que às vezes lhe é dada (CUNHA, 1990, p. 447). Não sendo uma classificação científica das funções do Estado ou mesmo um dogma do sistema democrático, é, sim, uma receita de liberdade, cuja extensão e valor prático dependem das circunstâncias dadas.

Na verdade, hoje, temos uma nova concepção do princípio da separação dos poderes, que abandona a ideia da rígida *séparation des pouvoirs* e consagra a ideia de um *sharing of powers*. No nosso constitucionalismo, os exemplos de exercício, por um dos poderes do Estado, de função típica de outro, são muitos e bastante conhecidos. À ideia de jurisdição constitucional – que é, muitas vezes, uma atividade legislativa negativa – ninguém se opõe.

No que toca especificamente ao controle jurisdicional de constitucionalidade, mesmo na Inglaterra, país de Constituição não escrita, havia quem defendesse, já no século XVII, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Edward Coke, por exemplo, foi um defensor da Constituição britânica mesmo em oposição às vontades do Monarca e do Parlamento. Como juiz, sua decisão no caso *Thomas Bonham v. College of Physicians & Co.* Rep. 114 (Court of Common Pleas [1610]), conhecido como “Dr. Bonham's Case”, é famosíssima. Em síntese, ali é afirmado que o “common law” (leia-se: o direito primordial inglês), através de suas cortes, deve “controlar” os atos do Parlamento (leia-se: as leis) e, em sendo eles desarrazoados ou repugnantes (“repugnant”), declará-los nulos (“void”). Embora se discuta qual era a real intenção de Coke com essa decisão, não resta dúvida de que nela está uma semente do que chamamos hoje de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

E se é verdade que na Inglaterra acabou prevalecendo o Princípio da Supremacia do Parlamento, imaginado (ou, ao menos, enfaticamente defendido) por William Blackstone em seus “*Commentaries on the Law of England*”, a tese de Coke em “Dr. Bonham's Case”, ironicamente, foi exportada para os Estados Unidos da América, onde ganhou os aplausos dos Founding Fathers da nova República, sobretudo de John Marshall, o mais célebre dos Chief Justices da US Supreme Court. (BLACKSTONE, 1979, p. 1765-1769)

Alguns chegam a afirmar que o “Dr. Bonham's Case” foi a inspiração, até pela coincidência no uso das expressões “repugnant” e “void”, para a decisão de Marshall em *Marbury v. Madison* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1803), caso no qual, segundo convencionado, está a origem do “judicial review of the constitutionality of the legislation”

(que chamamos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis – modelo difuso).

E um segundo grande “momento” do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis se dá na Áustria, a partir das lições de Hans Kelsen (1881-1973), com a previsão na Constituição Federal de 1º de outubro de 1920 de um órgão especial, ali denominado de “Corte Constitucional”, especialmente vocacionado para o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos<sup>4</sup>.

### 3.1 Um certo ativismo

Não se deve ingenuamente acreditar que a atividade judicial (e a jurisdição constitucional deve ser aqui incluída) se reduz a uma simples operação lógica neutra, de verificar se os fatos do caso se subsumem numa hipótese legal e, assim, proferir uma sentença/solução – um silogismo em que a premissa maior é a lei/norma, a menor é o fato e o corolário é a sentença. Na verdade, como já afirmava Francesco Ferrara em “Interpretação e aplicação das leis”: “na aplicação do direito entram ainda fatores psíquicos e apreciações de interesses, especialmente no determinar o sentido da lei, e o juiz nunca deixa de ser uma personalidade que pensa e tem consciência e vontade, para se degradar num autômato de decisões”. (FERRARA, 1963, p. 112)

Claro que há, mas são poucos, juízes que estão arraigados – às vezes por mentalidade; às vezes por preguiça mesmo – àquela ideia, inspirada na lição de Montesquieu, de que o juiz não deve ser outra coisa senão a “boca que pronuncia as palavras da lei”. Semelhante maneira de proceder poderá ser a de um mau juiz, mas não é a que corresponde aos fins do direito. E, mesmo assim, essa neutralidade é mais aparente que real. A própria opção de passividade tem

---

<sup>4</sup> É importante registrar que a ideia do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis se espalhou por vários países do mundo. Por vezes, seguindo o modelo americano, como foi ou é o caso do Japão, países da Commonwealth, Suíça, Noruega, Dinamarca, Suécia, Grécia, Romênia no começo do século, Alemanha de Weimar, Itália nos anos de 1948 a 1956, países da América Latina (como o Brasil), Irlanda, Filipinas e por aí vai. Às vezes, seguindo o modelo europeu, como foi ou é o caso da Áustria, Itália, antiga Alemanha Ocidental, Alemanha Unificada, Brasil, Chipre, Turquia, Peru, antiga Iugoslávia, antiga Tchecoslováquia, Portugal e Espanha, entre outros. E temos, ainda, casos de países, como o Brasil, que adotam as duas modalidades de controle.



suas consequências e não é, assim, completamente neutra.

É bom registrar, como faz Jean Dabin, que juízes e tribunais constituem Poder e são claramente depositários de uma parte da autoridade pública, sendo pelo Estado designados para, em seu nome, administrar a justiça (DABIN, 2002, p. 476). A lei que juízes e tribunais aplicam é basicamente a lei do Estado, quer a encontrem formulada em normas, quer tenham que elaborá-la eles mesmos. Ora, seria equivocado considerar como não político o Poder Judiciário quando ele, na ausência de uma regra legal, tem a permissão – e o dever – de suplementar o Poder Legislativo, que é eminentemente político. Não estaria correto defender a completa separação do Poder Judiciário dos outros poderes do Estado, sob o argumento de que os Poderes Legislativo e Executivo representaram um poder político, enquanto que o poder dos juízes e tribunais seria de natureza estritamente legal, assim como é um erro opor a lei – a lei do Estado – à política de Estado.

A lei, a regra de uma sociedade política, está necessariamente subordinada às finalidades da política do Estado e da sociedade. Além disso, na medida em que juízes e tribunais têm de, em muitos casos, elaborar a lei, eles têm de fazê-lo muito como atividade de Estado e para seus fins, o que é uma tarefa de política de Estado.

Se isso parece fato – refiro-me ao que está por detrás do aparente silogismo –, o erro está no exagero de não se ter no texto da Constituição ou das leis (ou dos precedentes), às vezes, nem minimamente, o correto freio/balizamento para a decisão judicial. O grande problema é que todos nós, e isso inclui os juízes, temos preferências e valores diversos, e nossas decisões, até mesmo aquelas do cotidiano, para o bem ou para o mal, são afetadas por essas características herdadas ou adquiridas, implicando, não raramente, na ausência de freios e balizamentos, indesejável discricionariedade. As decisões tomadas no exercício da magistratura, reitero, não fogem a esse contexto. Isso sem falar que o comportamento dos juízes também é afetado, nos tribunais, onde as questões são finalmente decididas, pelo fato de que estes são órgãos colegiados, que assim trabalham com toda a força mas também com todas as fraquezas inerentes à dinâmica de pequenos grupos. Isso em parte explica a pluralidade interpretativa/decisória, tão deletéria para o princípio da igualdade, que os diversos órgãos jurisdicionais acabam produzindo. O direito passa a ser simplesmente o que juízes e tribunais, individual e



erraticamente, declaram e decidem.

Para suavizar essa dependência peculiar do juiz de si mesmo e de tudo o que compõe seu horizonte interpretativo pessoal, mecanismos e padrões de comportamento devem ser sempre pensados, criados e fomentados. Dar maior dignidade à lei, tão amesquinhada nos nossos dias, é fundamental. Exigir o respeito aos precedentes, *idem*<sup>5</sup>.

### 3.2 Judicialização da legislação/política ou politização do Poder Judiciário?

Sem dúvida, é uma questão hoje importantíssima: a progressiva “judicialização” da legislação/política brasileira (e, de um modo mais amplo, de tudo que se passa no Congresso Nacional), cujo clímax, sob o ponto de vista histórico e de repercussão na vida nacional, talvez tenha se dado com a decisão do STF, em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), sobre o badalado processo de impeachment da nossa ex-Presidente da República. No Brasil, cada vez mais – e o caso referido é apenas um exemplo, historicamente o mais importante –, o Judiciário tem feito o papel de (quase) legislar, papel esse que, constitucionalmente e pela própria natureza das coisas (afinal, temos uma salutar “separação de poderes”), cabe ao Poder Legislativo.

Não que eu seja um defensor de uma rígida separação dos poderes à moda da Revolução Francesa, segundo a qual o Poder Legislativo deve ser exercido apenas pelo Parlamento, com seus representantes eleitos pelo povo soberano, aos juízes cabendo, como registra Mauro Cappelletti nada mais que a “aplicação passiva, seca e inanimada da lei”. (CAPPELLETTI, 1990) Também não sou adepto da ancestral doutrina inglesa, formulada e defendida por Matthew Hale em “The history of Common Law” (HALE, 1979) e por William Blackstone, nos já referidos “Commentaries on the Law of England” (BLACKSTONE, 1979), de que os juízes “são os depositários das leis; os oráculos vivos que devem decidir em todos os casos de

---

5 Porque isso obriga o juiz (e os tribunais, via de consequência), como certa vez disse Andrés Ollero Tassara, em sua obra “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial”, “a controlar seus próprios juízos prévios em diálogos com juízos próprios e alheios. Assim se tornará mais dono de si mesmo e aumentará também a dimensão de sua independência; porque nada corrói mais a confiança na Justiça do que as aparências de arbitrariedade (‘independência’ sem controle) nos responsáveis por realizá-la”. (TASSARA, 1989, p. 83-84)



dúvida e que se encontram obrigados, por um juramento, a decidir em conformidade com o direito do país (...)”.

Acredito piamente na ideia de um sharing of powers. De modo mais específico, reconheço e admito o fato de que os tribunais brasileiros, sobretudo o STF (mas não apenas ele), com o consentimento do Estado, têm, com as suas decisões, exercido ou suplementado a atividade legislativa do país.<sup>6</sup> Mas não devemos cair na tentação do exagero. É aí que mora o perigo. Até porque o Poder Judiciário, quando exerce ou suplementa a atividade legislativa, exerce atividade essencialmente política, para a qual talvez não esteja preparado ou, pior, não esteja, à falta de respaldo democrático, legitimado. Para desaguardarmos na terrível politização do Judiciário é um passo. Bem pequeno, por sinal. Mas um enorme tropeço.

Defendo a dignidade da lei, e aqui falo daquela lei legitimamente elaborada pelo Parlamento eleito. E também sou um simpatizante do juiz que, decidindo através de juízos analíticos, mesmo em caso de lacunas da lei, é sobretudo um explicitador do sistema. Do juiz que, mesmo criando uma norma para o caso concreto – ou, às vezes, de caráter geral –, o faz limitado (em primeiro lugar) pela Constituição e (em segundo lugar) pela legislação primária e secundária existente. Do juiz que respeita, sem fazer disso um dogma intransponível, a separação dos poderes, sabedor do perigo do exercício da política por um Judiciário não vocacionado para tanto.

No mais, sobretudo, sou um defensor da doutrina, desenvolvida pela House of Lords do Reino Unido (que, antes da instituição da Supreme Court, era o mais alto tribunal daquele Reino), do “leave it to Parliament”, ou seja, de que algumas questões, pela natureza delas,

---

6 E aqui transcrevo integralmente a lição de Jean Dabin de que: “(...) Não importa quão independentes e, nesse sentido, soberanos eles possam ser, os tribunais instituídos pelo Estado para administrar a justiça em nome do Estado são claramente depositários de uma parte da autoridade pública. Num outro aspecto, a lei que eles aplicam é basicamente a lei do Estado, quer a encontrem formulada em normas, quer tenham que elaborá-la eles mesmos. Pois está muito bem reivindicar a separação do poder judicial dos outros poderes do Estado, o legislativo e o executivo, sob o pretexto de que os dois últimos representariam poder político, ao passo que o poder do juiz seria de natureza exclusivamente legal. Primeiro, é um equívoco opor a lei – a lei do Estado – à política; a lei, a regra de uma sociedade política, está necessariamente subordinada às finalidades da política. Além disso, na medida em que os tribunais têm de elaborar a lei, eles têm de fazê-lo muito como atividade do Estado e para seus fins, o que é uma tarefa política. Por fim, é ilógico considerar como não político o poder judicial quando este, na ausência de uma regra legal, tem permissão para suplementar o poder legislativo, que é eminentemente político”. (DABIN, 2002, p. 476).





devem ser resolvidas pelo Parlamento. Como exemplo da aplicação dessa doutrina, eis a lição de Lord Lloyd no caso *R v Clegg* [1995] 1 ALL ER 334, decidido pela House of Lords, sobre a qual não canso de meditar:

Eu não sou contrário a que juízes desenvolvam o direito, ou mesmo criem novo direito, no caso de eles poderem ver seu caminho claramente, mesmo quando questões de política social estejam envolvidas. Um bom exemplo recente seria a confirmação por esta Casa de decisão da Court of Appeal (Criminal Division) de que um homem pode ser culpado de estuprar sua esposa (*R v R* – (rape: marital exemption) [1991] 4 ALL ER 481, [1992] 1 AC 599; affg [1991] 2 ALL ER 257, [1991] 2 WLR 1.065). Mas, no caso presente, eu não tenho dúvida de que Vossas Excelências devem abster-se de criar direito. A mudança do que deveria ser, de outro modo, homicídio para homicídio culposo, numa classe particular de casos, parece a mim essencialmente uma questão para decisão do Legislativo, e não para esta Casa em sua função judicial. Por isso, o ponto em discussão é, na verdade, parte de uma discussão mais ampla: se a prisão perpétua obrigatória por assassinato deve ainda ser mantida. Essa questão mais ampla somente pode ser decidida pelo Parlamento. (REINO UNIDO, 1995)

Por fim, sobre o perigo de um ativismo judicial que se vislumbra, deixo vocês com a célebre frase do nosso Ruy Barbosa: “A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”.

#### **4. ESTABILIDADE, PREVISIBILIDADE, CELERIDADE E IGUALDADE**

Sobre a fundamentação – e talvez tivesse sido melhor dizer aqui “motivação” – das decisões judiciais, a nossa Constituição Federal, no seu art. 93, inciso IX, expressamente dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. E o nosso Código de Processo Civil, como não poderia deixar de ser, no seu art. 11, caput, repetindo a redação da CF, seguiu a mesma trilha. Na verdade, o CPC foi até mais longe, pois, especialmente no seu art. 489, § 1º, prevê hipóteses em que a exigência constitucional e legal da fundamentação das decisões restará desatendida.

Lembremos que o juiz motiva sua decisão sem interesse algum na causa – pelo menos era para ser assim –, apenas imparcialmente elencando, nas palavras de Víctor Gabriel Rodríguez, em “Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal”, “elementos que devem convencer as partes de que seu raciocínio é o mais correto, é o decorrente da lei, e



de que seu livre convencimento não provém da arbitrariedade, mas sim de uma boa avaliação de todas as provas e de todo o ordenamento legal”. (RODRIGUEZ, 2005, p. 40)

Se todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas ou motivadas, assim o é primeiramente como elemento essencial do processo, mas também como condição de legitimidade da decisão propriamente dita e da atividade jurisdicional como um todo. Diante de uma decisão motivada e transparente, qualquer jurisdicionado e a sociedade como um todo – além das partes, dos seus advogados e dos demais atores envolvidos na lide específica – têm condições mínimas de aferir a imparcialidade do Poder Judiciário e se as decisões deste são pautadas pelo direito ou se são frutos de arbítrio dos julgadores. Uma motivação clara, transparente e acessível – aos profissionais do direito e, na medida do possível, abolindo tecnicismos desnecessários, aos leigos também – é o que minimamente se pede.

Penso que devemos exigir da atividade jurisdicional – e, por conseguinte, do seu principal produto, as decisões judiciais – o respeito a determinados valores. Cito aqui, de logo, os seguintes: estabilidade, previsibilidade, celeridade e igualdade.

Um direito estável é salutar para qualquer país. A instabilidade, com regras de direito constantemente reformuladas e aplicadas de maneira inconsistente, prejudica muito a legitimidade de um sistema jurídico. E, infelizmente, sofre o nosso sistema, num grau altíssimo, do problema da instabilidade. No plano jurisprudencial, basta lembrar que, no Brasil, a sorte dos litigantes fica muito ao sabor das frequentes mudanças das composições dos tribunais e das mudanças de entendimento decorrentes disso. Para não falar das meras idiossincrasias do juiz do caso.

Um segundo valor que desejo enfatizar aqui, interligado à estabilidade, é a previsibilidade ou a certeza do direito. Um direito estável estabelece a pretensão de que é uma verdade válida não apenas para hoje, mas também – e aí entra a previsibilidade – para o futuro, em todos os casos iguais ou parecidos. Disse certa vez Eugen Ehrlich, um dos fundadores da jurisprudência sociológica, em “Fundamentos da sociologia do direito” (texto constante do livro “Os grandes filósofos do direito”, publicado pela editora Martins Fontes em 2002), em favor da previsibilidade: “há uma grande necessidade social de normas estáveis, o que torna possível, em certa medida, prever e prever as decisões e, desse modo, colocar um homem em condições de



tomar as providências necessárias de acordo com isso”. (EHRlich, 2002, p. 459)

Um outro valor, não menos importante, é a celeridade na condução dos processos e na apresentação do seu produto final, a decisão judicial transitada em julgado. Não haverá o devido acesso à justiça se a prestação jurisdicional é dada tardiamente. E isso, de tão óbvio, nos soa até um clichê. Mas a busca da celeridade não é um interesse apenas do jurisdicionado. É também em prol da própria legitimidade das decisões proferidas pela Justiça que o processo deve encerrar-se no menor lapso de tempo possível. E esse é um objetivo que deve ser perseguido pelo Poder Judiciário diuturnamente com a adoção dos mais variados institutos, mecanismos e critérios que lhe poupem tempo e energia na solução dos seus inúmeros casos.

Por fim, quanto a esses valores, quero ressaltar aqui a questão da igualdade, que alguém já chamou de o “fundamento último” da justiça. O princípio da igualdade perante a lei – proclamado em termos jurídicos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), art. VII – vem sendo consagrado, como um verdadeiro dogma político e jurídico, nas mais diversas constituições, dos mais diversos países, como é o caso da Constituição brasileira de 1988. Mas é preciso ter em mente que o princípio da igualdade perante a lei, até por uma questão de psicologia social, não pode ficar apenas no plano normativo. Dar soluções diferentes a situações iguais ou parecidas não pareceria direito, mas sim pura arbitrariedade. O valor igualdade, portanto, deve ter lugar de destaque na solução dos casos concretos na vida em sociedade. Afinal, como já se indagou: “que importa a lei ser igual para todos, se for aplicada de modo diferente a casos análogos?”. (ROSAS; ARAGÃO, 1998, p. 27) A desigualdade na aplicação da lei, podem ter certeza, fere de morte a legitimidade da atividade jurisdicional.

## **5. CONCLUSÃO**

Essas observações nos trazem de volta à necessária complementaridade entre o Estado de Direito e a democracia lançada na introdução. Se a democracia é o governo da maioria, o Estado de Direito consagra a supremacia da Constituição e das leis do país e o respeito aos direitos fundamentais. A regra da maioria ou da democracia só se legitima se respeitados, na forma da lei e da Constituição, mesmo em desfavor da turba, os direitos de todos, inclusive os



das minorias.

Embora pareça óbvio – e talvez nem devesse ser dito –, defendo a necessidade de que realmente fundamentemos as nossas decisões judiciais nas disposições das leis e da Constituição do país e não naquilo que é a nossa convicção ou no que são os nossos pré-conceitos. Este, entretanto, parece ser um problema no Brasil. Para suavizar essa dependência peculiar do juiz de si mesmo e de tudo o que compõe seu horizonte interpretativo pessoal, mecanismos e padrões de comportamento devem ser sempre pensados, criados e fomentados. Dar maior dignidade à lei, tão amesquinhada nos nossos dias, é mais que fundamental.

Reitero: não se deve simplesmente decidir em conformidade com a opinião pessoal. Pelo contrário, a maior legitimidade das decisões judiciais virá naturalmente se houver a obediência a determinados valores (estabilidade, previsibilidade, igualdade e celeridade), o respeito a uma teoria de precedentes vinculantes e com a expressa fundamentação destas decisões na Constituição e nas leis do país, fornecendo-nos, assim, uma Justiça verdadeiramente legítima e consensual.

## 6. REFERÊNCIAS

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Law of England**. Chicago: London: The University of Chicago Press, 1979. v. 1. Fac-símile da 1ª edição de 1765-1769.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de processo**. v. 15, n. 60, p. 110–117, out./dez., 1990.

COOPER, Phillip J. **Public Law and Public Administration**. 3ª ed. Atasca: F. E. Peacock Publishers, 2000.

CUNHA, Fernando Whitaker da. **Teoria Geral do Estado**: introdução ao Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

DABIN, Jean. Teoria geral do direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIÁLOGO  
ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA**

**THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DIALOGUE BETWEEN  
RULE OF LAW AND DEMOCRACY**

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª ed. Tradução de Antônio Jose Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte**. Marbury v. Madison 5 US 137, 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 2ª ed. Tradução de Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor Sucessor, 1963.

GLENDON, Mary Ann; GORDON, Michael Wallace; OSAKWE, Christopher. **Comparative Legal Traditions in a Nutshell**. 6ª ed. St. Paul: West Publishing Co., 1982.

HALE, Matthew. **The history of Common Law**. 4ª ed. London: [s.n. ], 1779.

HOCKETT, Robert. **Little Book of Big Ideas – Law**. London: A & C Black Publishers Ltd., 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Barnes & Noble Books, 2004.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REINO UNIDO. **House of Lords**. Caso R v Clegg [1995] 1 ALL ER 334.

RODRIGUEZ, Víctor Gabriel Rodríguez. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998. v. 5.

TASSARA, Andrés Ollero. **Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

**Recebimento:** 17 de fevereiro de 2023.

**Aprovação:** 10 de março de 2023.



Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>1</sup>  
Clarissa Aguilar Magalhães<sup>2</sup>  
Sophia Galbas Rezende<sup>3</sup>

## RESUMO

A liberdade de expressão é um direito fundamental presente na Constituição de 1988 e funciona como um princípio fundamental para a democracia. Corolária do direito fundamental à liberdade, possui uma grande extensão quanto ao seu significado, sendo elemento base para outros diversos direitos e garantias, como o direito à informação e à liberdade de imprensa. No entanto, a liberdade de expressão pode sofrer algumas limitações, torna-se importante discriminar de modo mais sistemático tal limitação. Não se busca no presente trabalho o esgotamento do tema, mas sim a demonstração de sua grandeza e amplitude por meio de uma seleta bibliografia sobre o tema, como pesquisas, obras acadêmicas de variados tipos desde livros a outros artigos científicos, notícias e reportagens e paralelos do direito brasileiro por meio do direito comparado com precedentes americanos, alemães e espanhóis. Assim percebe-se que a liberdade de expressão está amalgamada a qualquer democracia e sem seus fundamentos, não é possível ter um Estado Democrático de Direito no mundo contemporâneo.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão, conceito, espécies, limites.

## ABSTRACT

Freedom of speech is a fundamental right that is in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and works as a fundamental principle of democracy. It comes from the fundamental right to freedom, and it has great extension among its significance, being a fundamental element to other rights and guarantees, as the right to be correctly informed and the freedom of the press. However, freedom of speech can suffer some limitations and it becomes important to discriminate in a more systematic way those kinds of limits to the freedom of speech. It is not a goal, in this piece of work, to exhaust the theme, but the goal is to show how extensive the theme of free speech is, through an extensive bibliography, research and parallels between the Brazilian law and American, German or Spanish law. Freedom of speech is linked and combined with any democracy around the world and, this work shows that it is impossible to have a state based in justice, democracy and law without it.

**Key words:** Freedom of Speech, types, limits.

<sup>1</sup> Professor Adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito (UFMG). Desembargador no Tribunal Regional Federal da 6ª. Região.

<sup>2</sup> Pesquisadora vinculada à Faculdade de Direito Milton Campos. Graduada em direito pela Faculdade Milton Campos.

<sup>3</sup> Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

## **1 INTRODUÇÃO**

O crescimento exponencial e vertiginoso das mídias e dos meios de comunicação social impõem uma certa atualização do conceito, até então vigente, de liberdade de expressão. No mundo contemporâneo, as informações são difíceis de controlar devido a tais mídias e à globalização, uma rede de comunicações composta por um fluxo intenso e possível (parcialmente) de ser acompanhado em “tempo real” se formou ao redor do globo, e que é composta por notícias e informes sobre os mais diversos lugares e situações.

Essa revolução no campo da informação requer filtro e crítica, já que sua acessibilidade e facilidade de manuseio pode ser deturpada para divulgação de notícias falsas, boatos e opiniões, falácias baseadas em informações superficiais. Algumas mídias utilizam desse mecanismo para modelarem arbitrariamente a opinião pública sobre um determinado assunto, gerando o moderno fenômeno conhecido como *Post Truth*. Por meio dessa pós-verdade, as pessoas estão cada vez mais interessadas em estarem certas do que corretas e assim acabam sendo vítimas de um sistema malicioso que traz como consequência o surgimento de radicalismos e extremismos ideológicos, principalmente em tempos de crise econômica.

O presente texto faz uma reflexão acerca da liberdade de expressão, suas formas e como ela influencia tanto a tolerância quanto a intolerância. Ficará claro que o conhecimento pode ser disseminado por diversas formas de expressão, tanto verbais como não-verbais, discursivas e não-discursivas, sonoras e não-sonoras. O texto vai também procurar debater sobre os limites acerca do que pode ser expresso, de como e sobre quem essas noções podem ser exteriorizadas são constantemente discutidos. Nesse sentido, ficará latente que alguns limites estão positivados, distintamente, em países diferentes. Metodologicamente nessa análise desse direito será examinada a partir de súmulas e precedentes relacionados aos limites da liberdade de expressão e aos limites dos limites dessa liberdade de expressão nas Cortes Constitucionais de cada país.

## **2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONCEITO**

Liberdade e responsabilidade são eixos fundamentais das condições de “ser humano”.

Perceber as consequências de uma ação compõem em geral as discussões sobre Moral e Direito.

O ato de se expressar gera consequências positivas ou negativas, dependendo do conteúdo da informação ou na opinião exposta. Assim como é de direito de todos a liberdade de expressão, também é o dever para com as responsabilidades derivadas de tais atos.

O ditado popular “minha liberdade termina quando começa a do outro” implica que todo indivíduo em sociedade, deve ater-se aos limites estipulados por esta, para não violar os direitos fundamentais do outro. Tendo em vista que cada indivíduo pensa, age e se expressa de diferentes formas, a finalidade dos limites é buscar um equilíbrio na convivência em uma comunidade. E, em virtude da complexidade das sociedades contemporâneas, torna-se imprescindível respeitar o coletivo, bem como a individualidade de cada um.

Como é largamente sabido, nenhum direito fundamental é absoluto e sua relativização deve ser apreendida como um limite normativo explícito ou implicitamente quando de sua aplicação. Nesse sentido, posiciona-se Guillaume Lécuyer (2006, pag. 12 - 13)

La définition du contenu de la liberté d'expression permet de déterminer les limites qui lui sont apportée. Cela importe doublement. D'un point de vue scientifique, la définition détermine les éléments sur lesquels doit s'appuyer la réflexion portant sur les limites apportées à cette liberté par les règles de responsabilité. En outre, d'un point de vue positif, dans l'hypothèse d'une protection de la fondamentale, elle devrait préciser l'entendue de son rayonnement. [...] S'exprimer consiste à envoyer au monde extérieur un message quelconque, peu importe sa qualité ou son importance. L'objet de la liberté d'expression est donc un contenu immatériel, porteur de sens, dont l'information ou l'opinion ne sont que des variétés.<sup>4</sup>

Conforme lição de Isaiah Berlin na obra “Dois Conceitos de Liberdade”, a liberdade de expressão deriva da noção geral de liberdade. Ele segue a clássica linha adotada por Benjamin Constant (CONSTANT, 1819), que a classifica entre a dos modernos (negativo) e a dos antigos (positivo).

---

<sup>4</sup> A definição do conteúdo da liberdade de expressão permite fixar os limites que lhes são inerentes. O que importa dois aspectos. De um ponto de vista científico, o conceito determina os elementos sobre os quais se apoia a reflexão trazida sobre os limites impostos a essa liberdade pelas regras da responsabilidade. De outro, de um ponto de vista positivo, no bojo da hipótese da proteção de sua fundamentabilidade, seria preciso entender seu impacto [...] Expressar-se consiste em enviar ao mundo exterior uma mensagem qualquer, pouco importando sua qualidade ou conteúdo. Portanto, objeto da liberdade de expressão é um conteúdo imaterial, portador de sentido, cujas informações ou opiniões são das mais variadas formas. (Tradução livre)



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

A *liberdade dos modernos* é a capacidade de auto condução da vida pessoal sem risco de interferência do Estado. Logo, o direito ocidental sustenta que essa liberdade atua no âmbito da legalidade e assume a condição de liberdade “negativa”, ou seja, um espaço de ação no qual o Estado estaria proibido de interferir na vida privada.

De um modo geral, as liberdades primárias, relativas à crença, contratual, de trabalho, ambulatorial se incluem aqui. Por outro lado, a chamada *liberdade dos antigos*, também conhecida por liberdade positiva, significa essencialmente a participação/contribuição do cidadão nas discussões públicas. De Aristóteles a Habermas, essa liberdade é essencial para a configuração da ideia contemporânea de soberania política.

Ambas estão consagradas nos planos normativos, interno e internacional, como se pode verificar tanto na Constituição brasileira de 1988 quanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.<sup>5</sup>

### 3. FORMAS DE EXPRESSÃO

Na obra “Liberdade de Expressão e Discurso de ódio” (2009), Samantha Ribeiro Meyer-Pflug sustenta que a liberdade de expressão inclui tanto a exteriorização de pensamentos, ideias, opiniões, convicções, quanto as sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação. Qualquer informação implica transferência de informação, envolvendo um emissor, um receptor, uma mensagem e os contextos previstos na sua emissão e na sua recepção.

Do exposto, deduz-se que há dois tipos de formas de expressão: discursivas (verbal) e as não discursivas (não verbal), que podem ser sonoras ou não sonoras. Ambas formas de expressão são de extrema relevância no desenvolvimento de uma sociedade, uma vez que os meios de comunicação permitem à população conseguir ter acesso a todo tipo de informação, tornando-se essencial na formação do senso crítico *lato sensu*.

---

<sup>5</sup> Conforme artigo 5º, inciso IX, da Constituição da República Federal de 1988 e Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seu artigo XIX: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

#### 4. FORMAS DE EXPRESSÃO NÃO DISCURSIVAS

A liberdade de expressão não discursiva se manifesta por qualquer modo de comunicação de pensamento, ideias, de informações e de expressões sejam sonoras ou não. De um modo geral, estão incluídas as múltiplas formas de manifestação artística, dentre as quais, podem se manifestar por linguagem corporal, sonoras (sapateado) ou não sonoras, como a mímica, dança, música, teatro, charges/desenhos, pintura, escultura, entre outras, como “expressão não discursiva”.

De um modo geral, as comunicações não-verbais se processam por três suportes. O primeiro, pelo corpo, nas suas qualidades físicas, fisiológicas e principalmente nos seus movimentos, incluindo a expressão facial, o olhar, gestos e movimentos posturais, contato corporal, comportamento espacial, roupas, aspecto físico, dentre outros aspectos da aparência. Estes canais fazem parte de uma categorização denominada “os diferentes sinais corporais”. O sapateado exemplifica forma de expressão não discursiva, mas sonora.

O segundo, no homem, ou seja, objetos associados ao corpo como os adornos, as roupas, ou mesmo as mutilações, marcas ou cicatrizes de tatuagens, de rituais ou não. Neste suporte ainda podem ser relacionados os produtos da habilidade humana, que podem servir à comunicação. Finalmente, o terceiro suporte se refere a dispersão dos indivíduos no espaço. E este espaço engloba desde o espaço físico, que cerca o corpo até o espaço que a ele se relacione, ao espaço territorial.

Knapp (1982), especialista neste campo das comunicações não-verbais, apresenta um esquema de classificação bem mais detalhado de tais condutas. Esta classificação é dividida em sete áreas de acordo com a literatura ou com as investigações científicas. As áreas são: a) movimento corporal ou cinésica (emblemas, ilustradores, expressões de afeto, reguladores e adaptadores); b) características físicas; c) comportamentos táteis; d) paralinguagem (qualidades vocais e vocalização); e) proxêmica<sup>6</sup>; f) artefatos e g) o meio ambiente.

A compreensão do direito de liberdade de expressão no campo não discursivo apresenta

---

<sup>6</sup> O antropologista Edward T. Hall criou o termo “proxêmica” no ano de 1963. Proxêmica é usada para definir o espaço e a distância pessoal entre indivíduos em um meio social. (HALL, 1963).





## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

inúmeras facetas e matizes. Sua análise implica conhecer, de modo mais detalhado, algumas situações em que é aplicado. A primeira delas inclui o direito de não se expressar, de se calar, e de não informar. O direito ao silêncio é garantido ao réu pelo art. 5º, LXIII, da CF/88, que dispõe: “O preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O princípio “*nemo tenetur se detegere*” significa que ninguém é obrigado a se auto incriminar ou produzir prova contra si mesmo. O Supremo Tribunal Federal fixou que o direito ao silêncio beneficiará aqueles que estão presos, e garante que no ato da prisão todos devem ser informados do direito de permanecerem calados, e apenas se manifestarem com a presença de seu advogado.

Outro aspecto da expressão não-sonora se volta para a expressão física, como a dança e as variadas formas de expressões corporais, autorizadas, desde que não apresentem atos atentatórios ao pudor. A expressão corporal inclui a nudez. Contudo, praticá-la em público e sem a prévia advertência de sua realização pode caracterizar prática de crime de ato obsceno (artigo 233 do CPB). Destaque-se, todavia, que o conhecido caso “Gerald Thomas” relativizou a criminalização dessa conduta. Nesse precedente, esse conhecido produtor/diretor teatral foi denunciado por expor suas nádegas nuas e por simular ato de masturbação no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, diante de vaías estrepitosas do público. Curiosamente tal conduta não mereceu tipificação, pois não foi considerado, pelo Supremo Tribunal Federal, como crime de “ato obsceno”. A decisão que deferiu o pedido de Habeas Corpus impetrado por Gerald Thomas (então acusado de praticar ato obsceno, previsto no artigo 233 do Código Penal Brasileiro) foi acirrada devido ao empate no julgamento. Após longo debate, a Corte concede a ordem no dia 17/08/2004.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> A votação do STF ficou dividida. O pedido foi julgado improcedente pelo ministro Carlos Velloso, relator, e a ministra Ellen Gracie, entretanto, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram a favor de Thomas, com fundamentação baseada no Regimento Interno do STF que determina no seu artigo 150 § 3º, que em casos de empate do julgamento de Habeas Corpus, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu. Gilmar Mendes diz que: “É difícil admitir, neste contexto, que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor do público. Um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada”. Também salientou que para o STF, a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados em situações similares a esta. Já a ministra Ellen Gracie entendeu que a conduta do diretor foi “pouco edificante e esteticamente questionável” e, que ele demonstrou desprezo pela opinião do público. O ministro Celso de Mello questiona a configuração de ato obsceno e diz: “tenderia a



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

Outro caso curioso de expressão não-verbal ocorre pela queima da bandeira nacional veicula uma mensagem de protesto. Essa conduta veicula uma mensagem de protesto. No caso *Texas v Johnson*, 491 US 397:414, um militante político queimou a abandeira americana em protesto. A decisão favorável ao militante indignou o Partido Republicano que aprovou uma lei federal criminalizando essa conduta. A reação do legislativo não surtiu efeito, pois mais uma vez a Corte reafirmou sua posição no caso *United States vs Eichmann*, 496 US 310 (1990), anulando a lei federal recentemente aprovada.

A Corte Constitucional Alemã adota postura idêntica à americana enquanto a Corte Espanhola não considerou lei que criminalizava como inconstitucional a queima de símbolos nacionais. Conforme Cordech (1993), na Espanha, queimar bandeiras é tipificado pelo Código Penal vigente com pena de até 12 (doze) anos de prisão, mas há casos julgados pela Corte Constitucional Espanhola que desafiam essa lei. Por exemplo no caso *STC 63/1993*, um homem foi condenado à prisão, suspensão de cargos públicos e do direito de sufrágio (enquanto estivesse preso) em 1986, por queimar bandeiras espanholas durante uma manifestação em Santiago de Compostela em 1984. Ao recorrer à Corte Constitucional, ele alegou que não havia provas suficientes de que tivesse queimado bandeiras. A Corte deferiu seu pedido e anulou a sentença anterior.

O Brasil incrimina a conduta pela Lei 5443/68, legislação ainda do tempo da ditadura.

Se a queima de bandeiras gera dúvidas quanto a representar exercício de liberdade de expressão, incontestáveis, contudo, são normas sobre vias de tráfego ou de proteção ao patrimônio ambiental ou turístico que limitavam publicidade visual, como outdoors, painéis eletrônicos, banners, dentre outros.<sup>8</sup> A publicidade por meio de outdoors, banners, painéis

---

reconhecer que foi muito mais uma expressão, ainda que grosseira, mas de sua própria liberdade de manifestação e reação às vaias".

<sup>8</sup> A definição do que é poluição está prevista no art. 3º, III, da Lei nº. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente/CONAMA). Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

eletrônicos e outros podem ser consideradas uma poluição visual, pois causam transtornos à saúde mental da população que trafega naquele local.

A informação é de extrema relevância para as relações de consumo, pois o princípio da oferta e demanda depende da publicidade para lançar/reafirmar um produto no mercado. Essa informação permite que o produto ou serviço seja procurado pelo consumidor, gerando o desenvolvimento econômico daquela região. Contudo, o uso destes meios de publicidade deve ser moderado e lícito, para que não ocorra a poluição do meio ambiente e para que não prejudique a saúde da população.

A tecnologia trouxe benefícios e malefícios à sociedade. A veiculação de publicidade e de informações cresceu exponencialmente nas últimas décadas. E, com essa expansão, o surgimento e proliferação de cyber crimes. A internet é, atualmente, um dos meios mais utilizados, para a expressão, devida a velocidade e complexidade na qual são disseminadas as informações ali postadas.

No Brasil, a veiculação pela mídia eletrônica de imagens obtidas ilicitamente tornou-se crime pela lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012)<sup>9</sup>. Segundo Cláudio Godoy (2008, p. 35), o direito de imagem trata-se de definição abrangente, que compreende não só os componentes físicos, mas também os morais, que constituem a imagem da pessoa. Godoy (2008, p. 38) afirma que nossa carta declara invioláveis, além da honra e imagem das pessoas, a intimidade e a vida privada das pessoas. Isso consagrou esses direitos da personalidade, tutelando-os de forma expressa.

Via de regra, uma sociedade, que está imersa em redes sociais e que faz uso constante

---

<sup>9</sup> Segundo o Jornal ESTADÃO Economia e Negócios:

(DINO - 27 jan., 2017) o Brasil ocupa lugar de destaque no cenário global de cyber crimes. Em 2016, 42,4 milhões de brasileiros foram vítimas de crimes virtuais. Em comparação com 2015, houve um aumento de 10% no número de ataques digitais. Segundo dados da Norton, provedora global de soluções de segurança cibernética, o prejuízo total da prática para o país foi de US\$ 10,3 bilhões. Em maio de 2012, o Brasil acompanhou um dos casos mais emblemáticos de crime cibernético cometidos no país: o roubo e a divulgação de mais de 30 fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann. Hackers do interior de Minas Gerais e de São Paulo invadiram o e-mail da artista e a chantagearam, por meio de mensagens anônimas, pedindo R\$ 10 mil para apagar as imagens. O caso foi parar no Congresso Nacional: a Câmara dos Deputados aprovou e colocou em vigor a Lei nº 12.737, apelidada de Lei Carolina Dieckmann, que tipifica delitos cometidos em meios eletrônicos e na internet.

da internet para quaisquer atividades, seja profissional ou pessoal, deve tomar certos cuidados para adequar-se a essa nova situação. É de suma importância para aqueles que fazem o uso deste meio de comunicação, ter a consciência dos riscos e, claro, precaver-se, na medida do possível, para não serem surpreendidos e tornarem-se mais uma vítima destes crimes.

De outra banda, a possibilidade de proibição de buzinas em frente a hospitais se sujeita ao exame da razoabilidade das leis do silêncio noturno, especialmente em áreas residenciais e estabelecimentos comerciais. *A priori*, a constitucionalidade da lei 8364/ 2006 afigura-se não problemática, desde que normas municipais que não restrinjam demasiadamente o limite de sons mecânicos ou manuais.

Conforme o artigo 41 do Código de Trânsito Brasileiro, a utilização de buzina somente é permitida, quando em casos de riscos à segurança viária (evitar acidentes de trânsito) e, em áreas urbanas, para indicar uma manobra de ultrapassagem. A inobservância dessa norma geral configura infração, dentre as elencadas pelo artigo 227, cap. XV, do CTB. No inciso IV desse dispositivo está disposto que usar buzina em locais e horários proibidos pela sinalização é um ato infracional, locais estes, que estejam com a placa de regulamentação R-20, como, por exemplo, os hospitais. Resta evidente que um local onde pessoas estão sendo atendidas devido à problemas de saúde, qualquer tipo de poluição sonora poderá prejudicar esse processo de cura dos pacientes ali presentes.

As questões relativas ao tráfego são pouco controvertidas, mas outras provocam vivo dissenso na sociedade como, por exemplo, questões atinentes à crucificação de uma Travesti no dia do Orgulho Gay e a exposição de um conjunto de óstias, bem como a quebra de santos em frente ao “Papamóvel” podem ser reconhecidos como crime contra o sentimento religioso (Artigo 208 do Código Penal Brasileiro).

Por evidente que a figura da “cruz” é um ícone do cristianismo. Assim, quando uma travesti desfilou crucificada na parada do dia orgulho gay em São Paulo, enorme polêmica emergiu na mídia sobre os limites da liberdade de expressão. Políticos religiosos, particularmente de cunho evangélico/pentecostal, como Silas Malafaia e Marcos Feliciano, usaram o incidente como palanque/púlpito para condenar a comparação de Cristo com a figura de uma travesti. Contudo, em casos que tais, particularmente em um Estado Laico, qualquer

pretensa violação à liberdade de crença religiosa precisa ser muito bem contextualizada. Logo, como a inaugurada “crucificação” pode indubitavelmente assumir uma expressão metafórica/metonímica de atestação de um protesto contra violência cotidiana contra a população LGBT, entendemos desarrazoada a pretensão de que tal atitude possa ser considerada como ilícita.

O mesmo, contudo, não se dá quando um indivíduo atira ao chão uma estátua de gesso, que encarna figura de um santo, poucos metros à frente do percurso do papa móvel. Em nosso ponto de vista, nessa situação incide o tipo previsto do artigo 208 do Código Penal, que criminaliza o ato de escarnecer de crença alheia por motivo de descrença religiosa.

Finalmente, é preciso analisar incidente ocorrido na exposição do “QUEERMUSEU” do Banco Santander, no qual um baú de hóstias trazia inscrições pejorativas contendo palavras de baixo calão de conotação sexual em cada uma delas. Pois bem, em nossa opinião, somente seria possível pensar-se em vilipêndio público de objeto de culto religioso, caso as referidas hóstias já tivessem sido consagradas em rituais sacros. Quando não, a hóstia não assumiria a transmutação a condição de “Corpo de Cristo” (pela fé cristã) e assim não poderia ser considerada objeto de culto religioso. A conduta seria o mesmo que escrever “palavrões” em um qualquer pedaço de pão.

De modo geral, a doutrina brasileira assume a necessidade de uma *prudence balance* entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade da liberdade de consciência religiosa. Desse modo, adeptos das chamadas teorias externas dos direitos fundamentais, ou seja, aquelas que sustentam a exigência da aplicação do princípio da proporcionalidade, pelas submáximas da adequação, necessidade e ponderação *stricto sensu* em eventuais colisões de direitos fundamentais.

Controvérsias ainda maiores encontram-se no exame da constitucionalidade sobre charges. De modo geral, a sua pilhéria não gera direito de resposta quando expõe a intimidade de pessoas públicas, exceto quando se torna ofensiva à honra, dignidade e especialmente à fé alheia.

Polêmicas ligadas ao Charlie Hebdo em relação à fé Cristã e Muçulmana incendiaram a temática recentemente. Seguramente posições liberais e laicistas tenderam proteger tais



manifestações no âmbito da liberdade de expressão, enquanto posições de fundo comunitarista tenderam a criminalizar (pelo menos reconhecerem o dano moral, ou fundamentais à liberdade religiosa). Nos EUA, pelo precedente *Falwell v. Hustler Magazine* – 485 US 46 (1988), a Suprema Corte Americana considerou lícita a charge grosseira envolvendo aberração sexual. Em sentido contrário, o Tribunal Constitucional alemão considerou inaceitável a charge que desenhava um agente político em posições bestiais (75, *BverfGE*, 369).

Nesse sentido, mais pertinente a colisão entre liberdade de expressão e a de crença religiosa eclodiu em pelo menos 3 situações, tais como as exposições artísticas do “QUEERMUSEU”, no museu Santander Cultural (Porto Alegre, cuja extensão foi além do baú de óstias, como ficará claro mais abaixo), a performance com o homem nu, no MAM (São Paulo) e a exposição dos quadros de Pedro Moraleida, no Palácio das Artes (Belo Horizonte). Foram realizados diversos manifestos contra a censura das exposições supracitadas, com fundamentos na liberdade de expressão artística.

A mostra “QUEERMUSEU”, que contava com mais de 270 obras (coleções públicas e privadas), explorava a diversidade de expressão de gênero, acabou cancelada, no dia 10 de setembro de 2017. Protestos em redes sociais e no próprio local alegavam que a arte ali exposta era ofensiva a população, sendo classificada como incentivo à zoofilia, pedofilia, e, ainda, contra os bons costumes da sociedade brasileira. Por sua vez, o Santander Cultural sustentou que a mostra valorizava a diversidade e investia em sua unidade de cultura no Sul do País, para que ela seja contemporânea, plural e criativa. Ainda existia uma possibilidade da mostra ser apresentada no Rio de Janeiro, entretanto, 30 dias após o cancelamento da mostra em Porto Alegre, o Museu de Arte do Rio (MAR) cancelou as negociações da compra da exposição.

A reação popular de cunho conservador trouxe uma nova reação em sentido contrário, especialmente por parte de seguimentos sociais ligados à produção artística (CHICO BUARQUE DECLARA APOIO À FRENTE NACIONAL CONTRA A CENSURA, 2017). A acusação central foi a de que a nudez exposta nas obras expressava pedofilia/zoofilia. A resposta foi simples: a zoofilia, de matiz religiosa ou de protesto, sempre compôs as expressões artísticas, desde a antiguidade. E, acrescentaram que a mostra em momento algum fazia apologia da pedofilia. Em nosso entender, um claro embate de visões de fundo político constitui

o pano de fundo dessa discussão: de um lado, comunitaristas de fundo conservador em termos morais e religiosos e, de outro lado, liberais igualitários.

De outro lado, no Museu de Arte Moderna (MAM), no Ibirapuera, zona sul de São Paulo, ocorreu a performance do artista fluminense Wagner Schwartz, na arte chamada “La Bête” (O Bicho) de Ligia Clark. Wagner se apresentou nu sobre um tatame, manipulando um origami de papel, sugerindo uma interação com os visitantes ali presentes. Esta liberdade de interação entre o artista e os visitantes fez com que algumas pessoas o tocassem (abraços, toques singelos com as mãos, apertos), outras o mudavam de posição (simulando dobraduras de origamis), outras apenas o fotografaram ou filmaram. Em um determinado momento da exposição, uma mãe levou sua filha, ainda muito pequena, para ver a performance de perto.

Segundo vídeo divulgado (INTERAÇÃO DE CRIANÇA COM ARTISTA NU EM MUSEU DE SÃO PAULO GERA POLÊMICA, 2017) por fontes ainda desconhecidas, a criança engatinhava no tatame e demonstrava curiosidade ao ver uma mulher adulta tocar os pés do artista. Esta mulher, supostamente a mãe do menor, convidou a criança a tocar no artista. A menina toca rapidamente seus pés, sorrindo, e voltou rapidamente debaixo dos olhares do público.

De acordo com nota divulgada pelo MAM, a sala estava "devidamente sinalizada sobre o teor da apresentação, incluindo a nudez artística". O museu divulgou uma nota dizendo que não tem a menor intenção de cancelar a amostra ou a performance, visto que a arte, ali apresentada, estaria totalmente adequada ao contexto. Afirmou, categoricamente, que a nudez ali exposta não possuía qualquer conotação erótica.

O terceiro incidente ocorreu na exposição “Faça Você Mesmo Sua Capela Sistina” do artista Pedro Moraleida, realizada no Palácio das Artes, em Belo Horizonte. Ela foi alvo de vários protestos envolvendo políticos e cidadãos, sob o fundamento de incentivo à zoofilia, pedofilia, pornografia, drogas e homossexualismo. As manifestações foram feitas de várias formas, de vídeos, fotos viralizadas na internet até o fechamento da Avenida Afonso Pena em frente ao Palácio das Artes, quase todas lideradas por políticos ligados à Igreja Evangélica (JOÃO LEITE TENTA IMPEDIR ESTREIA DE PEÇA E SUSPENDER EXPOSIÇÃO EM BH, 2017).

## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

Dentre os manifestantes estava o vereador Jair Di Gregório, que postou em sua rede social um vídeo recriminando e acusando as obras expostas no local, com frases referindo-se a Alexandre Kalil, atual prefeito de Belo Horizonte como:

“Estou aqui fazendo o meu papel para a família brasileira [...] essa mostra não tem nada a ver com a família mineira [...] isso não é arte, é uma aberração [...] eu fui eleito para proteger o povo de Belo Horizonte, pois isso aqui não é arte, vocês estão doidos [...] vou denunciar para o Ministério Público, vou pra cima do Kalil [...]”,

Diante destas acusações, o secretário municipal da cultura, Juca Ferreira, ajuizou uma ação contra o vereador e o juiz da 4ª Vara Cível de Belo Horizonte, que, determinou a retirada do vídeo da rede social. De acordo com a decisão, o parlamentar está sujeito ao pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) dia, caso não venha a cumprir a determinação judicial.

Evidenciado os fatos supracitados, a problemática colocada pelas manifestações relaciona liberdade de expressão artística, “bons costumes” e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Logo, em nosso sentir, exposições de matizes que tais não merecem proibição ou censura. É preciso ter em mente que arte não se materializa tão somente pela “evocação ao belo”. Arte implica, também, ruptura e quebra de padrões estéticos e paradigmas sociais. Por vezes, seu papel é o de denunciar e, por conseguinte, de chocar. Assim, pleitear padrões universais de estética não faz qualquer sentido, pois tal pretensão implicará compreender uma expressão claramente doxática de modo racional/ epistêmico. Superpor o código estético (gostar/ não gostar) ao código jurídico (lícito/ ilícito) soa algo claramente totalitário por parte dos manifestantes.

Como a liberdade de expressão não é um direito absoluto, dentre seus condicionamentos sobreleva o princípio do “melhor interesse da criança”, deduzível tanto no texto constitucional, quanto do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desse modo, é razoável admitir que exposições com esse tipo de teor mereçam receber a indicação de faixa etária, de modo a preservar seres humanos ainda em formação.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> “A liberdade de pensamento, de opinião, de sentimentos e sensações se exterioriza por meio da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. São formas capazes de difundir o pensamento. Assegura-se o direito de o indivíduo desenvolver todas as suas potencialidades, sejam elas intelectuais, artísticas ou científicas. A liberdade de expressão, de ideias ou opiniões não envolvem apenas o uso de palavras, mas pode dar-se por meio

Nesse sentido, a Portaria 1.100 de 2006 do Ministério de Justiça estabelece que, cabe aos pais, no exercício do poder familiar, a responsabilidade e a proteção do menor e estabelece ainda que cenas de nudez, sexo e drogas tornam o local impróprio para o menor, cabendo ao Estado e ao envolvidos do evento fixarem a classificação devida e fiscalizarem a entrada de todos.<sup>11</sup>

O parecer da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, órgão do MPF, de autoria da Deborah Duprat e Sérgio Suiama, e uma análise jurídico-constitucional buscando prestar uma contribuição na discussão pública sobre a importância da defesa dos direitos da criança e do adolescente e da liberdade de expressão nas suas diversas formas perante os recentes ocorridos de cerceamento a obras e performance artísticas classificadas como “imorais” ou de natureza “pedófila”. Ponto fulcral de tal análise recai sobre o princípio da legalidade formal, ou seja, se o condicionamento da liberdade de expressão poderia ser feito por uma Portaria ou se seria necessária a edição de uma lei específica sobre o assunto.

Atualmente, o tema que mais gera mobilização social é a proteção à infância. A própria Constituição determina absoluta prioridade aos interesses da criança e do adolescente, utilizando de forma razoável e eficaz os argumentos jurídicos para identificar os fatores de maior risco referentes à violência sexual infanto-juvenil. Diante dos casos tratados neste trabalho, o ponto conflitante existente neste tema é o acesso do menor a exposições artísticas com conteúdo de nudez. De acordo com o artigo 220, §2º e §3º, inciso I da CR/88:

---

de gestos, expressões corporais, mídias audiovisuais ou símbolos. A proteção à liberdade artística, por exemplo, implica proibição de o Estado vir a impor na atividade de criação os seus padrões estéticos. A Constituição de 1988 estabelece em seu artigo 5º, IX: [...] - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente, de censura ou licença.” (MEYER-PFLUG, 2009)

<sup>11</sup> No seu Capítulo I: Do Dever de Exercer a Classificação Indicativa, o artigo 1º dispõe que: O processo de Classificação Indicativa, disciplinado nos termos desta Portaria, integra o sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente, composto por órgãos públicos e organizações da sociedade civil, destinado a promover, a defender e a controlar a efetivação do direito de acesso a diversões públicas adequadas à condição peculiar de desenvolvimento de crianças e adolescentes. Da Natureza, Finalidade e Alcance, artigo 2º dispõe que: A Classificação Indicativa possui natureza informativa e pedagógica, voltadas para a promoção dos interesses de crianças e adolescentes, devendo ser exercida de forma democrática, possibilitando que todos os destinatários da recomendação possam participar na condição de interessados do processo de Classificação Indicativa e, de modo objetivo, ensejando que a contradição de interesses e argumentos promovam a correção e o controle social dos atos praticados.

o direito de crianças e adolescentes a diversões e espetáculos públicos adequados à sua faixa etária deverá ser regulado exclusivamente por lei federal, cabendo ao Poder Público “informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”, sendo vedada “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Posto que algumas artes expressam atos de pedofilia, o parecer explica que o termo “pedofilia” não é uma classificação jurídica e sim própria da medicina. A pedofilia integra outros transtornos como o fetichismo, o exibicionismo, o voyeurismo e o sadomasoquismo, são chamados de transtornos de personalidade, relacionados a comportamentos impulsivos e perversos baseados em fantasias sexuais.

Duprat e Suiama ponderam que:

É importante enfatizar que o direito penal brasileiro, assim como a maioria dos sistemas penais do ocidente, NÃO criminaliza nem sanciona a pedofilia, concebida como transtorno mental, mas sim a violência sexual (*lato sensu*) contra crianças e adolescentes, em suas múltiplas formas. O motivo dessa distinção é que nosso sistema jurídico não adota, em geral, concepções do chamado direito penal do autor, pois segue a tradição continental europeia vinculada ao direito penal do fato. Em outras palavras, no direito penal brasileiro pune-se alguém por uma ação ou omissão antijurídica, mas não pela mera existência ou desvio comportamental do agente autor da ação.

Todas as ações atentatórias contra a liberdade e a dignidade sexual da criança e do adolescente devem sujeitar-se a análise, em sentido amplo, compreendendo tanto o abuso quanto a exploração sexual, nos ditames do Código Penal Brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

As exposições supracitadas fizeram, na entrada, a classificação etária adequada para seus visitantes. Além disso, os eventos não eram abertos ao público em geral e nem tampouco ocorriam em espaços públicos. Tudo isso, leva a conclusão de que não houve dolo que pudesse caracterizar ilícito penal, mas apenas o pleno exercício da liberdade de expressão.

Outro caso limite para o conceito de arte e também para o da configuração de sua ilicitude está na discussão sobre “Grafite e Pichação”, que foi e ainda é motivo de grandes manifestações nas diversas cidades e capitais do Brasil. A cidade de São Paulo é considerada a capital referência da arte de rua. Entretanto, boa parte da população, não somente em São Paulo, enxerga esta arte como mero ato de vandalismo e poluição visual.



Primeiramente, o conceito de Grafite se difere da Pichação. Grafite é uma forma de manifestação artística em espaços públicos, considerada uma das artes mais democráticas e acessíveis. Em regra, são desenhos feitos em muros expressando opiniões, sentimentos, etc. Seu surgimento foi basicamente na década de 1970 na cidade de Nova Iorque. Desde então, vem ganhando força no mundo, inclusive no Brasil. O Grafite está ligado diretamente à vários movimentos, como, por exemplo, o hip hop, a cultura *black*, dentre outros.

De outro lado a pichação é caracterizada pelo ato de escrever em muros, edifícios, monumentos, vias públicas. Em regra, é uma expressão que faz referência a gangues de rua, ao crime, opiniões, ofensas etc. Tanto o Grafite como a Pichação são movimentos que refletem a realidade das ruas e, por isso, são consideradas uma arte de rua. Entretanto, somente são permitidas quando há o consentimento do proprietário do local onde será feita a manifestação.

O legislador penal se esforçou em esclarecer e diferenciar essa expressão artística do puro vandalismo por meio da Lei 12.408/2011 que define o tratamento conferido ao grafite e à pichação. Até então, o artigo 65 da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), considerava crime tanto o ato de pichar quanto o de grafitar, descriminalizando esta última conduta, desde que sua prática ocorra com o consentimento do local da prática em se tratando de patrimônio privado e da autoridade competente quando público o local grafitado. Pessoalmente não vemos razão alguma para não se dar idêntico tratamento à pichação. Assim, o respeito ao direito de propriedade se torna baliza para a licitude de ambas, grafite e pichação.

## **5 FORMAS DE EXPRESSÃO DISCURSIVAS**

Manifestos, textos, poesia ou prosa, falados ou escritos, filmes, letras de música são todos eles considerados formas de pensamento discursivo. Curiosamente, a liberdade de expressão é mais ampla no Brasil que nos EUA, particularmente para o réu/acusado, que tem protegido o seu direito de mentir para não se auto incriminar, enquanto nos Estados Unidos, essa conduta é prevista como crime de perjúrio.

Um limite evidente à liberdade de expressão, incontroverso na doutrina e jurisprudência, remete-se às mensagens que provocam noções de violenta quebra de ordem, como o clássico exemplo do sujeito que grita “Fogo!” ou “Arrastão!” produzindo falso alarme



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

em meio à recintos abertos ou fechados, e no meio de multidões. A evidente periclituação da vida e das pessoas impõe esse limite, pois o pânico gerado pode acarretar lesões corporais e até a morte de inocentes.

Pela mesma maneira, outro limite evidente é o exercício de mensagens por meio de tortura psicológica. O *bullying* infantil tem sido legalmente considerado como um limite à liberdade de expressão, pois fere o direito de personalidade e o da intimidade de crianças e adolescente. O termo *bullying* foi proposto pelo pesquisador sueco Dan Olweus, em 1999, após o Massacre de Columbine e significa basicamente que uma criança ou um adolescente esteja sendo vitimizado quando é exposto, repetidamente e por tempo prolongado, a agressões por parte de um ou mais colegas.

O *bullying*, fere o princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo o da alteridade, acarretando consequências inimagináveis às vítimas.<sup>12</sup> Há jurisprudência condenando réus e escolas a pagarem indenizações por danos morais à alunos como é o caso no processo nº 1991721-04.2008.8.13.0024 julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual durante meses uma aluna do Colégio Santa Dorotéia em Belo Horizonte sofreu *bullying*, esse praticado por um colega de sala.

Após diversas reuniões com a coordenação da escola e a consequente não obtenção de respostas satisfatórias, a aluna devidamente representada pelo genitor ajuizou uma ação de indenização por danos morais contra os pais do colega de sala, tendo em vista que o mesmo era menor na época e contra a própria escola. Os pais do aluno agressor e a escola foram sentenciados a pagar uma indenização por danos morais para a aluna. Em segunda instância a sentença foi reafirmada, mas o valor da indenização foi diminuído de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para R\$ 6.000,00 (seis mil reais).<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Em outubro de 2017 um aluno de uma escola particular de Goiânia atirou contra seus colegas de sala. Ele alega que sofria bullying e por isso decidiu cometer o crime. (ATIRADOR INVADE ESCOLA, 2017)

<sup>13</sup> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRÁTICA DE BULLYING - AMBIENTE ESCOLAR - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEITADAS - ART. 933 DO CPC - RESPONSABILIDADE DOS GENITORES DO MENOR - COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DO BULLYING - INDENIZAÇÃO DEVIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Não assiste razão aos apelantes ao atestar a incompetência absoluta do Juízo a quo, uma vez que a presente ação indenizatória, foi promovida pela autora (que, por ser menor, foi devidamente representada por seu genitor), em face do Colégio Santa Dorotéia e dos pais do menor, tendo em vista que o mesmo, à época da distribuição da ação, era inimputável, não havendo

## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

A Pesquisa Nacional de Saúde Escolar, feita pelo IBGE em 2015, mostrou resultados em que 21,5% dos alunos de escolas privadas e 19,5% dos alunos de escolas públicas afirmaram que praticaram *bullying* com seus colegas nos 30 dias anteriores à pesquisa. Já sobre as vítimas de *bullying*, o percentual cai para 7,6% em escolas privadas e 6,5% em escolas públicas. Os principais motivos que aparecem entre os que sofreram esse tipo de assédio estão a aparência do corpo (15,6%) e aparência do rosto (10,9 %).

Outro limite notável à liberdade de expressão encontra-se no nosso texto constitucional, qual seja, a vedação do anonimato. Ela pretende coibir *notitia criminis* falsa. Contudo, isso, não determina que seja repelida, de plano, a delação anônima. Atendido o princípio da razoabilidade, ela pede por parte da autoridade atuação redobrada na consideração de uma denúncia anônima. E nem poderia ser diferente. Os riscos de prestar informações sobre delitos praticados por Organizações Criminosas, particularmente ligadas ao tráfico de drogas, são elevados. Logo, esse limite não impede situações tais como o “Disque Denúncia”.

Obviamente, “troles” informando acidentes ou crimes falsos para telefones de atendimento público de Corporações Policiais ou de Corpo de Bombeiros são ilícitos que merecem uma atuação maior da justiça na aplicação do Artigo 340 do Código Penal Brasileiro, pois implicam em comunicação falsa à Autoridade. Assim, resultam em um desperdício de esforço e dinheiro que, por vezes, impede, que a Autoridade possa intervir em situações reais. Em reportagem feita pela Globo, em 2008, na cidade de São Paulo, calculouse que

---

que se falar em competência da Justiça da Infância e da Juventude. Se o Juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento da lide e, no estado em que o processo se encontra, profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há que se falar em cerceamento de defesa ante a manifesta inutilidade ou o claro intuito protelatório da coleta de prova. A prática do bullying não é um fenômeno do mundo contemporâneo, mas sim algo existente há algumas décadas, sendo indubitável, no entanto, o crescimento das ocorrências relativas a tal prática nos últimos anos, e, conseqüentemente, de demandas judiciais requerendo indenização pelos danos sofridos pelas vítimas. Tenho que, especialmente pela imaturidade de crianças e adolescentes, é costumeiro o comportamento repressivo contra colegas em razão de sua classe social, de suas características físicas, da sua raça, e até mesmo, pelo seu rendimento escolar. Tratando-se de conduta praticada por menores, como é o caso dos presentes autos, os pais respondem pelo ato ilícito de seus filhos, conforme dispõem o art. 932, I e art. 933 do Código Civil. Na hipótese de indenização a título de danos morais, deve-se obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não havendo configuração de valor demasiadamente alto a ponto de se falar em enriquecimento ilícito, não deve haver redução deste sob o risco de tornar-se irrisório. V.v.: A fixação da quantia estipulada na r. sentença de R\$8.000,00 (oito mil reais), não traduz as diretrizes acima expostas, devendo, assim, ser reduzida para o montante de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), valor este que encontra-se em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (MINAS GERAIS, 2017)

aproximadamente 40% das ligações feitas ao SAMU eram falsas (ATÉ 40% DAS LIGAÇÕES A EMERGÊNCIAS DE SP SÃO TROTES, 2017) e no Boletim Legislativo nº 36 de 2015 do Senado Federal estima-se que os gastos com os acionamentos indevidos ultrapassam 1 (um) bilhão de reais.

O alto número de acionamentos indevidos aos telefones de emergência traz consequências inimagináveis ao serviço público, que já possui recursos escassos, havendo, assim, uma “seleção” de casos que devem ser atendidos, ponderando a “urgência” dos mesmos. Ao denunciar um crime/ acidente ou uma situação mentirosa qualquer, o infrator acaba retirando recurso de quem realmente necessita. Além do Artigo 340 do Código Penal, que prevê detenção de um a seis meses ou multa, foi sancionada no Estado de Minas Gerais em 23/12/2016 a Lei 22.452 (LEI DETERMINA MULTA PARA TROTES A SERVIÇOS DE EMERGÊNCIA. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS, 2017), propondo a incidência de uma infração administrativa pelo acionamento indevido de telefones de serviços de emergência. Além de sofrer uma sanção penal, o autor pode, então, sofrer uma sanção administrativa em que fica sujeito a pagar até 500 UFEMGS (Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais).<sup>14</sup>

## **6 SUJEITOS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Pessoas físicas ou jurídicas seguramente são sujeitas desse direito. Veículos de imprensa e de mídia se colocam particularmente nessa condição. Em Fisher (1985), o direito de se comunicar e a liberdade de expressão, corolária a esse direito, são deveres e responsabilidade de alguém que deve garantir e prover condições para que outras pessoas podem exercer esse direito.

Considerando esse direito como uma liberdade negativa, estaremos diante de um típico direito de obstrução do Estado, que não pode arrogar a si o poder de controlar quais mensagens e opiniões sejam válidas ou aceitáveis. Em nosso direito, a censura está vedada (Artigo 220 da Constituição Federal), seja de natureza política, ideológica e artística. Contudo, esse dispositivo

<sup>14</sup> Em valores atuais cada UFEMG vale 3,2514 reais.



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

não veda a possibilidade do Poder Público fixar indicativos de faixa etária para filmes e programas de televisão com base no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Mas a vedação de censura proíbe a atuação do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) como selo de qualidade e de ética dos empreendimentos associados. O CONAR em parceria com a ESPM possui um Centro de Referência sobre Liberdade de Expressão criado em 2005 e são o primeiro acervo voltado exclusivamente para a liberdade de expressão no Brasil.

### 7 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Existem diversas teorias a respeito da limitação dos direitos fundamentais como a liberdade de expressão, mas as teorias que mais se destacam são as *teorias dos limites imanes*, e aquela que usa como método a *ponderação de valores*, dependendo assim de uma correta interpretação das normas constitucionais. Tais teorias servirão de balizas para o exame que se servirá dos limites em espécie da liberdade de expressão<sup>15</sup>.

Por certo, a própria configuração do direito em si à liberdade de expressão já implica na análise de alguns limites. Contudo, torna-se importante discriminar de modo mais sistemático tal limitação. Nesse sentido, concorrem para tanto as diferentes formas de teorias internas e externas dos direitos fundamentais. Dentro das premissas sobressai a “Teoria dos direitos fundamentais” que de grosso modo preconiza que os limites a qualquer direito já estão previstos pelo discurso de fundamentação do legislador.

#### 7.1 Livre concorrência

A eficácia do exercício da liberdade de expressão está ligada à difusão de informações de uma determinada sociedade. O sistema de concessão e exploração de radiofusão no Brasil é o sistema misto, em que as empresas privadas atuam subsidiariamente às empresas públicas na

---

<sup>15</sup> “É evidente que os direitos constitucionais são como reflexos, refletem uns nos outros, limitando-se mutuamente. A liberdade de imprensa, por exemplo, há que encontrar um limite na honra alheia, e assim em diante. Basta compreender e harmonizar as normas constitucionais. Não há dúvida, porém, que existe um limite intrínseco nos direitos fundamentais, mas sua existência só pode ser compreendida a luz da Constituição.” (Carvalho p.29)



produção de conteúdo para a rádio e para a televisão. Essas empresas privadas estão sujeitas à controle público em diversos graus, já que são concessionários do poder público. As concessões públicas, antes apreciadas apenas pelo Executivo, passaram a ser apreciadas pelo Congresso Nacional com a Constituição de 1988<sup>16</sup>. De acordo com Lopes (1997), houve uma democratização do controle das concessões públicas, já que os representantes do povo podem se manifestar acerca de quais empresas privadas podem explorar o sistema de rádio-fusão brasileiro, assim acerca de como elas vão realizar tal exploração. As Organizações Globo, maior rede de comunicação social do país, por exemplo, são uma entidade privada, mas depende de concessão públicas para sua atuação.

O Artigo 12 do Decreto-lei 236/67 traz os limites à propriedade de empresas de rádio-fusão no Brasil, mas não são computados nesse limite as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, que por sua vez, são reguladas pelo Decreto 81.600 de 1978. Já o artigo 220, § 5º da Constituição Federal<sup>17</sup> veda que os meios de comunicação social possam ser controlados, diretamente ou indiretamente, por monopólio ou por oligopólio no Brasil.

A despeito desta proibição cerca de 6 (seis) famílias dominam aproximadamente 70% dos meios de comunicação social no país, de acordo com o fundador do *Wikileaks*, Julian Assange. Entre elas, a Família Marinho (Organizações Globo); Edir Macedo (Grupo Record), Família Civita (Grupo Abril); Sílvio Santos (Sistema Brasileiro de Televisão) (SEIS FAMÍLIAS CONTROLAM 70% DA IMPRENSA NO BRASIL, 2017). Já o relatório “O País dos Trinta Berlusconi”, feito em 2012 pela organização internacional Repórteres Sem Fronteiras (RSF), mostra que praticamente 10 (dez) famílias ou grupos dominam os meios de comunicação social no Brasil.

O projeto “Os Donos da Mídia”, idealizado pelo falecido jornalista Daniel Herz em parceria com o Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação, desenhava o mapa de controle da comunicação no Brasil. O projeto, fechado em 2016, possui hoje apenas uma página

<sup>16</sup> Artigo 49, XII: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão.” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988.)

<sup>17</sup> Artigo 220, § 5º: Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

no Facebook. Sua linha investigativa foi sucedida pelo projeto internacional *MOM (Media Ownership Monitor)*, que atualmente está realizando uma pesquisa no Brasil sobre quem são os proprietários de mídias. O projeto já foi realizado em diversos países emergentes como Gana e Colômbia e terá seus resultados divulgados no final de 2017.

Caso as estatísticas realizadas por Assange e pelo RSF se confirmem no *MOM*, resta configurado no Brasil a falta da livre concorrência e um claro desrespeito ao Artigo 220 § 5º da Constituição Federal, podendo levar a um limite à liberdade de expressão e reduzindo uma possível pluralidade de opiniões e notícias. A formação de oligopólios na mídia brasileira não é apenas nos meios de radiofusão, mas acontece também na imprensa e afeta diretamente a audiência. A Pesquisa Brasileira de Mídia de 2016 realizada pelo IBOPE mostra que em questão de audiência a Globo lidera com 56% dos entrevistados e somada ao SBT, a Record e à Band, possuem cerca de 82% de preferência dos espectadores. No mínimo curiosa a omissão do governo, particularmente do Conselho Administrativo Econômico (CADE), no combate à formação de oligopólios no setor de comunicações sociais.

## **7.2 Direito de resposta e indenização cível por dano moral ou patrimonial**

O direito de resposta é uma reação ao uso indevido da mídia assumido a condição de desagravo ao ofendido. Decorre diretamente do direito à intimidade, particularmente pela necessária proteção da imagem e da honra das pessoas. Ferrigolo (2005) destaca que a França foi o primeiro país a instituir o direito de resposta, por meio da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>18</sup> e, atualmente, ainda mantém muitas das suas características que estavam presentes no século XVIII. Ao contrário do Brasil, em que o direito a resposta possui *status* constitucional (BRASIL. Constituição, 1988, art. 5º, V)<sup>19</sup>, na França, ele é regulado por leis de imprensa. Observa-se que direito de resposta se agrega ao direito de

---

<sup>18</sup> Artigo 11. “A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados pela lei”. (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789)

<sup>19</sup> Artigo 5º, V. É assegurado o direito a resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988)



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

reparação por danos morais e patrimoniais causados pelo abuso do exercício do direito de liberdade de expressão (Artigo 49 da lei 5250/ 67).

Nesse sentido, a Súmula nº 221 do Supremo Tribunal de Justiça estabelece que “*são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de dano pela publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação*”.

Em 2005, o apresentador de televisão João Kleber veiculava em seu programa “pegadinhas” consideradas ofensivas gerou polêmica. No mês de outubro, o Ministério Público Federal (MPF), junto a outras 6 (seis) entidades da sociedade civil organizada, ajuizou uma Ação Civil Pública contra a RedeTV contra o programa “Tarde Quente” apresentado por João Kleber. A ação pretendia que o programa parasse de ser veiculado e que fosse substituído por uma programação educativa e anti-discriminatória.

No dia 4 de novembro, porém, o curso de uma história que sempre privilegiou o poder político dos “donos da mídia” mudou: o parecer da juíza federal Rosana Ferri Vidor, da 2ª Vara Federal de São Paulo, foi favorável. (SOCIAL, 2007)

Durante 30 (trinta) dias úteis foram veiculados programas educativos relativos aos direitos humanos e produzidos pelas 6 (seis) entidades que ajuizaram a Ação Civil Pública. Assim se configurou a primeira vez em que o direito de resposta foi exercido em um meio de radiofusão brasileiro e segundo Social (2007), “caracterizando o direito de resposta daqueles que foram violados e desrespeitados.”

Outra questão atinente ao presente aspecto impõe limite de expressão ao jornalista empregado por um veículo de imprensa em razão da linha editorial da mesma. Contudo, esse limite pode ser rompido pela chamada *Claúsula de Consciência*, caso a empresa altere sua orientação editorial, impondo sua demissão pessoal, ou despedida arbitrária ou sem justa causa, em razão de violação de sua consciência ou valores morais. Essa liberdade intelectual do jornalista garante uma indenização cível na França desde o advento da lei de 29/03/1935.

Por outro lado, jornalistas podem sofrer sanções em relação à comentários que contrariem a linha editorial da empresa onde trabalham. Um dos exemplos mais expressivos, é o caso do jornalista e apresentador do Jornal da Globo William Waack, que é acusado de, fora do ar, ter feito comentários racistas. A Globo se esforça para manter uma linha editorial liberal



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

e contra o preconceito e todas suas formas de manifestações, logo, comentários racistas se mostram incompatíveis com essa perspectiva. Portanto, o afastamento provisório de Waack da emissora impõe um limite legítimo à sua liberdade de expressão e não pode ser visto como uma surpresa, mas sim deve ser considerado como uma consequência de seus infames comentários (WILLIAM WAAK É AFASTADO DO JORNAL DA GLOBO, 2017).

Em sentido contrário, as empresas podem impor em contratos de trabalho *Clausulas de Segredo Profissional*, impedindo que seus ex-funcionários possam se manifestar ou se valer de expertise, técnica ou informações obtidas durante a relação de emprego durante determinado período.

A súmula 281 do STJ determina que o dano moral não seja avaliado pela Lei de imprensa. Antes da Constituição de 1988, o dano moral era tarifado de diferentes maneiras por diferentes dispositivos e um deles era a Lei de Imprensa de 1967, que tarifava o dano moral cometido por jornalista ou imprensa. Segundo Cavalieri Filho (2012), com a Constituição de 1988 e a reforma do Código Civil em 2002, a indenização por danos morais começa a fazer parte do Direito Civil comum e não de leis especiais, assim a aplicação de privilégio ao veículo de imprensa seria contrária à Constituição que no artigo 5º, X<sup>20</sup>, demonstra que a indenização por dano moral é igual para todos, assim, dependendo apenas de valoração e arbitramento pelo magistrado.

### 7.3 Direito de propriedade

O direito de propriedade, de acordo com José Afonso da Silva (2005), consiste no direito de usar, gozar e dispor de seus bens, sem prejudicar o interesse social. A propriedade seria a correlação entre bens e titulares, mas sem caráter absoluto ou exclusivo como é visto pelo direito natural.

A liberdade de imprensa dá ao meio de comunicação o direito de publicar sem sofrer censura, o que seria um limite à liberdade de expressão, mas também dá o direito de limitar

---

<sup>20</sup> Artigo 5º, X. “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988)

aquilo que vai ser publicado, assim, a própria imprensa limita a liberdade de expressão, principalmente a de terceiros. Assim, a despeito de críticas de Cass Susstein e de Pablo Salvador Coderch, prevalece a ideia de que terceiros não possam impor unilateralmente ideias ou mensagens a serem publicadas em meios de comunicação social ou na imprensa.

Sobre a função social do direito à propriedade, Salles e Oliveira (2010) expõe que ela deve atender à liberdade de expressão, ou seja, ao ter-se uma propriedade e limitar a liberdade de expressão de terceiros, deve-se também ponderar até que limite a liberdade está sendo cerceada em razão de direito de propriedade ou se está ultrapassando um direito de propriedade e está se tornando um arbítrio. No caso do Brasil, que possui um oligopólio nos meios de comunicação, torna-se perigoso deixar a liberdade de expressão dentro de sua propriedade a livre arbítrio do proprietário, eliminando pluralidades e massificando opiniões.<sup>21</sup>

#### 7.4 Crimes contra a honra e a vida privada

A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa não dão imunidade à ameaça ou ofensa à intimidade alheia. Segundo Leão (1961), a liberdade de imprensa é uma espécie de liberdade de pensamento, que por sua vez é pressuposto para a liberdade de expressão, consistindo no direito de externar e divulgar ideias, independentemente de censura prévia. A interferência do Estado na liberdade de imprensa apenas é justificável quando ela ultrapassa os limites de um legítimo exercício de direitos alheios, como ocorre no caso de crimes contra a honra<sup>22</sup>.

O respeito à intimidade, que é o fundamento para o direito de resposta e para indenizações cíveis, sustenta também a criminalização da calúnia, injúria e difamação, ou seja, dos Crimes Contra a Honra, presentes nos Artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro.

<sup>21</sup> “As finalidades da funcionalização do direito de propriedade na direção concretizadora do direito à informação e do direito à comunicação devem propiciar a difusão do conhecimento e da criatividade e alargar as possibilidades de formação pública da vontade.” (SALLES; OLIVEIRA 2010 p.22)

<sup>22</sup> “Desta distinção a honra será:

I – subjetiva ou interior (“innere Ehre”) – opinião ou sentimento de uma pessoa sobre seu próprio valor –; II – objetiva ou exterior – à representação que os outros têm sobre o valor de uma pessoa, a denominada reputação ou bom nome (“gut Ruf”), a consideração externa ou social da pessoa.” (SILVA 2000, p. 159)



Caso interessante ocorreu no dia 9 de novembro de 2016, quando o deputado estadual Cabo Júlio (PMDB-MG) foi a plenário na Assembleia Legislativa e referindo-se à deputada federal Maria do Rosário (PT-RS) como “vaca” 3 (três) vezes, ao longo de uma exposição oral. O “motivo” seria um suposto comentário que Maria do Rosário teria feito nas redes sociais defendendo 2 (dois) adultos e 1 (um) adolescente que faleceram ao tentar assaltar 1 (um) Policial Militar aposentado, que dirigia um carro do *Uber* em São Paulo (PM QUE DIRIGIA UBER MATA TRES QUE TENTARAM ASSALTA-LO EM SÃO PAULO, 2016). O motorista reagiu ao assalto e matou os 3 (três) homens. Maria do Rosário acionou a Polícia Federal, a fim de descobrir a verdadeira autoria do comentário, assim como um pedido de queixa-crime por injúria<sup>23</sup> contra o deputado. Cabo Júlio pediu perdão à deputada em setembro de 2017, após a abertura, pelo Ministério Público de Minas Gerais, de um procedimento administrativo contra ele (CABO JÚLIO PEDE DESCULPA À DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO POR TER SE REFERIDO À ELA COMO “VACA”, 2017).

No direito comparado, Cordech (1993) relata o precedente *STC 123/1993* em que o jornalista Sr. Ballesteros foi condenado por injúria ao descrever um falecido, em suas reportagens, com um semblante extremamente negativo. Diante da condenação nos primeiros graus de jurisdição, ele recorreu à Corte Constitucional Espanhola argumentando em seu favor o direito à informar quanto cerceamento de sua liberdade de expressão. Julgado como improcedente, a Corte considerou que “*la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto*” e que não havia se provado a verdade absoluta dos fatos alegados pelo Sr. Ballesteros.

As imunidades parlamentares consistem em uma série de prerrogativas que garantem aos membros de parlamentos ampla liberdade de expressão no exercício do mandato, funcionam como uma forma de “proteção” aos deputados e senadores permitindo a oposição ao poder executivo e impedindo a coação de parlamentares. No Artigo 53 da Constituição Federal, *caput*, tem-se a imunidade material, chamada também de inviolabilidade, que garante a ampla liberdade de expressão aos parlamentares, assegurando a inviolabilidade civil ou penal por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Essa inviolabilidade não atinge o âmbito

<sup>23</sup> Injúria: ofender a dignidade ou decoro de alguém. (BITENCOURT, 2012. p. 362)

privado, contrariando o que, em 2007, o então deputado estadual de Minas Gerais, Zezé Perrella, afirmou após uma desavença com o árbitro, Wagner Tardelli, em um jogo de futebol (ZEZÉ PERRELA ABRE MÃO DE IMUNIDADE PARA ARBITRO PROCESSÁ-LO, 2007). A inviolabilidade abrange apenas o que é coerente com as circunstâncias do mandato e não a vida privada de um parlamentar<sup>24</sup>, assim eles podem ser sujeitos ativos de Crimes Contra a Honra. A amplitude constitucional e política dessa temática, por si só, exigiria um texto, o que fugiria do que se propôs o atual.

### 7.5 A verdade e o direito a ser corretamente informado

A comunicação social de conteúdo comercial encontra-se limitada pelo artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe a propaganda enganosa e obriga o comerciante. Contudo, também a comunicação social de conteúdo cível abrange a divulgação de intencional de informação falsa, pois o “direito de ser informado” tem supedâneo no artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal.

O importante nessa situação não é a busca de uma verdade objetiva e sim a intenção do veículo de narrar a verdade, eis que, mesmo com todos os cuidados e checagem de fontes, a informação pode acabar comprovando-se inverídica. A assunção de erro pelo veículo de comunicação de modo espontâneo o protege de eventuais ressarcimentos. Logo, esse limite deve ser compreendido como um dever de cautela por parte do emissor de informações.

Os EUA adotavam a doutrina da reportagem neutra (“*Neutral Reportage Doctrine*”), impondo que o veículo centre informações naquilo que alguém disse em especial sobre o evento. Na Espanha, a Corte Constitucional exige na informação o respeito ao princípio da presunção de inocência das pessoas. No Brasil o REsp 164421/RJ (RSTJ, 128/372), sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, condenou o jornalista a indenizar a Federação Equatoriana de Futebol por nota tida ofensiva a sua honra.

<sup>24</sup> Em 2014, durante uma sessão na Câmara, o deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ) ofendeu a deputada Maria do Rosário, falando que apenas não a estupraria porque ela não merece, já que ele a considera “muito feia”. Bolsonaro nesse caso, não teve direito a qualquer tipo de imunidade parlamentar, já que mesmo o comentário tendo sido feito em uma sessão na Câmara, ele possui caráter privado. (STJ MANTEM CONDENAÇÃO DE BOLSONARO, 2017).

### 7.6 Discurso de ódio

Desde os trabalhos em torno da Filosofia Analítica da Linguagem, particularmente na Universidade de Oxford, teóricos como John Austin e John Searle fixaram o valor performativo dos atos de fala. Mais do que apenas escrever (semântica), falar é fazer! Certas mensagens ou discursos estabelecem pautas sobre conhecimentos alheios em favor de condutas violentas. Obviamente que o emprego de palavras desagradáveis não está interdito, desde que não assuma a condição de “*fighting words*”.

Nesse sentido, a Suprema Corte Americana estabeleceu precedentes no caso *Chaplinsky vs New Hampshire* – 315 US 568 (1942). Chaplinsky atraiu a ira de uma multidão contra si pelo fato de distribuir panfletos de teor religioso favorável à causa das Testemunhas de Jeová. Preocupados com sua integridade física, o delegado local o interpelou para que suspendesse a distribuição, pelo menos até que “as coisas se acalmassem”. Irritado com o pedido, Chaplinsky chamou o delegado de “fascista”, vindo a ser preso pelo uso de palavras ofensivas em público (Cantwell v. Connecticut).

Para Searle, os atos de fala possuem um valor de verdade, pois as palavras têm força de ação. A segunda reviravolta linguística, mais conhecida como “reviravolta pragmática”, atestou claramente que a linguagem tem funções para além da mera denotação/representação, implicando também elemento de performance, ou seja, aquele que proferir a fala irá causar uma reação no ouvinte, que pode ser positiva (gerando sensação de amor/felicidade/diversão) ou negativa (gerando sensação de ódio/raiva/tristeza). Esta força da fala explica às consequências do caso supracitado, no qual Chaplinsky ofende o delegado de forma intencional (produz efeito ilocucionário), na pretensão de fazer com que o ouvinte reconheça de imediato a intenção na performance da sua ação.

O falante pretende produzir uma mensagem que seja reconhecida por seu interlocutor, para que o ouvinte reconheça sua intenção de produzir esse efeito. Ele também pretende que esse reconhecimento seja obtido em virtude do fato de que o significado do item que ele profere convencionalmente associa-o com a produção desse efeito.

No tocante ao conteúdo de opiniões, um dos limites propostos e mais controversos é o

discurso de ódio (*hate speech*), ou seja, qualquer mensagem que inferiorize ou incite violência contra uma pessoa ou grupo, tendo como suporte caracteres como a racionalidade, crença religiosa, sexo, gênero, raça, etc. A Constituição Federal vigente veda a discriminação de qualquer natureza (artigo 3º). No mesmo sentido, o artigo 10 da Convenção Europeia garante a liberdade de expressão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem condenando sistematicamente o discurso de ódio, particularmente em torno da xenofobia disseminado publicamente nos últimos tempos, evidente inclusive em estádios de futebol com condutas racistas por parte do público.

O discurso de ódio acarreta danos físicos e psicológicos às vítimas, tais como baixa autoestima, pressão alta, insônia, depressão extrema. E, lamentavelmente, serve de combustível para agressões físicas e conflitos abertos, tais como recentemente ocorridos em Charlottesville, Virginia. Nessa oportunidade, o governo local pretendia destruir a estátua do general Robert Edward Lee, comandante mais famoso do exército confederado durante a guerra da secessão. Protestos em torno do valor histórico do monumento nos soaria razoáveis, porque a história não se apaga. Ela forja a identidade do sujeito constitucional de um povo.

Contudo, o tom dos protestos foi bem pouco razoável. Grupos de “supremacistas brancos e integrantes da Ku Klux Klan (KKK)” foram para as ruas ofender “negros”, “judeus”, “católicos” e “imigrantes”. E, a reação não tardou. Indignados com as agressões verbais e o discurso de ódio, milhares de pessoas vieram às ruas. O conflito, redundou lamentavelmente em 3 mortes e centenas de feridos.

No entanto, mais lamentável ainda, foi o presidente Donald Trump afirmar que ambos os lados tinham cometido erros, implicando uma contemporização inaceitável com discurso de ódio. Contudo, no contexto norte-americano, esta postura não pode ser considerada uma novidade, bastando lembrar do caso *Brandenburg vs Ohio* (1969), quando a Corte Americana absolveu com base no direito da liberdade de expressão, Clarence Brandenburg, que foi filmado proclamando “vingança” contra judeus e negros. A Corte ampliava a noção de liberdade de expressão como um “livre mercado de ideias” sustentando no caso *Schenck vs United States* (1919) pelo juiz Holmes. Nesse mesmo sentido, a absolvição por “queima de cruz” (forma não discursiva de adesão aos ideais da KKK) no caso *Virginia v. Black* de 2003.



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

Na Alemanha, *Volksverhetzung* é o conceito no código penal que criminaliza a incitação ao ódio contra qualquer segmento da população. Naquele país, a negação da ocorrência do Holocausto é criminalizada. Ali, a postura da Corte Constitucional tem sido o de repelir o discurso de ódio. Recentemente, o Parlamento aprovou lei que prevê multa de até 50 milhões de euros para sites de redes sociais que não retirarem rapidamente conteúdos agressivos.

A Constituição Brasileira protege a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais do cidadão brasileiro, contudo, não há uma lei expressa proibindo o discurso de ódio. O Supremo Tribunal Federal decidiu sobre um caso histórico que ocorreu no Brasil, envolvendo discurso de ódio e a prática de racismo. A partir desta decisão é foi utilizado a jurisprudência constitucional para delimitar questões relacionadas a esta matéria.

O conhecido precedente *Ellwanger* (HC 82424/RS) negou o argumento de que desconhecer a existência do Holocausto pudesse ser considerado como exercício lícito da liberdade de expressão. E ainda admitiu prática de crime de preconceito (lei 7716/89) considerando raça como um conceito sociológico e não como fruto de consignações eugênicas/biológicas em torno de fenótipo ou genótipo de indivíduos. Especificamente, Siegfried Ellwanger Castan, escritor e sócio da “Revisão e Editora Ltda.”, havia publicado uma série de livros disseminando o preconceito contra o povo de origem judaica. Absolvido em primeira instância, Ellwanger foi condenado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra os judeus, baseado no artigo 20 da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 8.081/1990.<sup>25</sup>

Em seguida, impetrou Habeas Corpus sustentando que o crime praticado não fora de racismo, mas sim, de discriminação, pois o “povo judeu” não era uma raça e sim uma seita religiosa. O Habeas Corpus foi indeferido, e o caso foi parar no Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, teve a seguinte decisão:

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o

<sup>25</sup> “Art. 20 Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”.



holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discriminar com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. (MEYER-PFLUG, 2009)

A decisão do STF foi dada pela maioria dos votos. A discussão central do habeas corpus impetrado por Ellwanger tinha por questão central se a ofensa se dirigia contra uma raça ou uma religião. Ellwanger queria escapar da tipificação do crime de racismo. No entanto, a maioria dos Ministros entendeu que o conceito de “raça” não era genótipo. Raça seria um conceito sociológico de modo que a ofensa podia ser compreendida como “crime de racismo”.

O discurso de ódio manifesta o que Karl Popper (1998) designa de “Paradoxo da Intolerância”, pois se a tolerância for levada ao extremo de não impedir qualquer discurso, as fissões tolerantes perderão com o tempo o direito de se expressar afastadas pelo crescimento da intolerância. Contudo a Suprema Corte Americana tem, tradicionalmente, sido tolerante com discurso de ódio, particularmente de supremacistas brancos e da KKK (Ku Klux Klan) como garantia da Primeira Emenda e como suporte de sua democracia.

Ainda sobre os efeitos do discurso de ódio, o suposto conceito sobre conservadorismo e bons costumes no Brasil vem sendo questionado diante dos atuais acontecimentos que envolvem arte, política e ideologias. A mídia especula que artistas e feministas fomentam a pedofilia, a zoofilia, a apologia às drogas e que políticos oportunistas estão se promovendo através dessas polêmicas com manifestos baseados em discurso de ódio. A filósofa norte-americana Judith Butler escreveu sobre a experiência vivida em uma recente passagem pelo Brasil, com o objetivo de ministrar uma palestra, que ocorreu por volta das 11h da manhã, no Sesc Pompeia, na cidade de São Paulo/SP. A princípio, o tema da palestra era “The ends of democracy” (Os fins da democracia) fazendo uma ponte para seu tema central “Teoria dos Gêneros”. Brevemente conceituando esta teoria, Judith explica que é atribuído, a cada indivíduo no nascimento, um gênero que gera diversas expectativas sobre aquele ser humano no que tange suas possíveis e esperadas opções sexuais, profissionais e religiosas, ainda assim, seu caráter e posicionamento político. Entretanto, estes indivíduos, quando não atendem aquelas expectativas e percebem que as atribuições às quais este vê em si mesmo difere das atribuições que lhes foi dada, gera-se uma frustração que desencadeia em reações

autodestrutivas e antissociais. Diante deste conceito, a filósofa questiona: Em que medida jovens e adultos são livres para construir o significado de sua atribuição de gênero? Judith acredita que as pessoas possuem autonomias para moldar suas vidas, dentro das normas sociais, de forma que possam sentir-se livres e realizadas com relação a suas vontades, opiniões e objetivos. Também acredita que instituições sociais, religiosas, educacionais, etc tem o dever e a capacidade de apoiar e estruturar as pessoas para viverem melhor com seu próprio corpo diante das exigências impostas pela sociedade em busca de uma “vida normal”.

A palestra ministrada por Judith teve uma repercussão digna de seu tema, bem polêmica, na cidade de São Paulo, gerando um manifesto na porta do Sesc Pompeia. A polícia separou os manifestantes com um cordão de isolamento para evitar agressões e mais tumulto.

De um lado, manifestantes contrários às ideias de Judith fizeram uma “boneca de voodoo”, botaram fogo nela aos gritos de “Queimem a bruxa” e posicionaram um carro com o som do hino nacional, de outro lado, manifestantes que foram apoiar a filósofa gritavam “Ih, fodeu, a palestra aconteceu” e manuseavam cartazes com os dizeres: “Vergonhosa é a ignorância, obscena é a violência, imoral é a intolerância”. Ao final, membros do Instituto Plínio Corrêa de Oliveira, grupo ligado ao TFP (Tradição, Família e Propriedade), foram aos semáforos com uma gaita de fole e levantaram placas com os seguintes dizeres: “Buzine em favor do casamento como Deus fez = 1 homem + 1 mulher”.

Os paradigmas existentes sobre este tema acima tratado são, em regra, “consolidados” pelos bons costumes de uma sociedade, sendo de extrema relevância a tolerância com a liberdade de expressão e seus objetivos. No caso concreto, Judith é livre para expor suas teorias aos que tem o interesse no seu ponto de vista, assim como, são livres os cidadãos que se manifestaram, contra ou a favor da filósofa no dia do evento. Contudo a violência sofrida por ela no aeroporto de Congonhas, quando uma senhora a agrediu com um pedaço de pau, exorbita qualquer direito e se traduz como uma clara forma de discurso de ódio.

### **7.7 Direito à vida**

Não compreende liberdade de expressão publicar fotografias ou informar o paradeiro

de pessoas que estão incluídas em programas de proteção à testemunha, uma vez que esta atitude expõe as testemunhas e vítimas envolvidas no crime, fazendo com que estas se transformem no alvo principal dos acusados.

A Lei 9.807/1999 de Proteção às Testemunhas tem a finalidade de combater os crimes que dificultam ou impossibilitam a produção de provas pela acusação, uma vez que a prova testemunhal é de extrema relevância para apuração dos fatos e deferimento de sentença. Assim como tem o objetivo de preservar o sigilo em relação aos protegidos, para que o depoimento das testemunhas, estejam resguardados. O ponto central é que as vítimas e testemunhas são constantemente ameaçadas na tentativa de se evitar o depoimento das mesmas, causando uma omissão de provas incriminadoras. O programa de proteção estabelecido na lei ora estudada, criou mecanismos importantes postos à disposição da polícia, do Ministério Público e do Judiciário para que estes possam prestar a devida assistência e, também é fornecido o apoio jurídico e proteção à integridade física e psíquica das vítimas e testemunhas que estão sendo coagidas e sofrendo grave ameaças em decorrência do envolvimento no caso concreto.

## **8 CONCLUSÃO**

O direito de se manifestar livremente pelo corpo, pela fala ou até pelo silêncio, sua ideologia, crenças ou descrenças, opiniões, ideias e pensamentos, é de todos, sem qualquer exceção ou distinção. Poder expressar-se, de diferentes formas, significa ter liberdade, direito este fundamental para a humanidade, para a evolução do ser humano e da coletividade. Grandes filósofos, juristas, cientistas, crentes e descrentes em Deus, entre outros já buscaram descrever a força e o verdadeiro significado da palavra “liberdade”. Entretanto, a liberdade vem de um conceito subjetivo para um coletivo, do *stricto sensu* para o *lato sensu*, sendo assim, a complexidade em definir quais formas de liberdade serão mais adequadas a um perfil de sociedade gera um conflito que estará sujeito aos ditames de um ordenamento jurídico para delimitar o exercício desse direito de forma justa e coerente.

O tema aqui trabalhado envolve inúmeras questões do constitucionalismo contemporâneo. Historicamente, revoluções e guerras fizeram com que o mundo repensasse

sobre o direito e o Estado, evidenciando a importância dos direitos fundamentais e o valor de uma constituição digna para todos. A liberdade de expressão é uma forma revolucionária que almeja alcançar a todos e globalizar os ideais de uma nação. Luiz Roberto Barroso, em seu voto na *ADI 4815/DF*, entende que a liberdade de expressão ocupa uma “*posição de preferência em relação aos demais direitos fundamentais*” (STF, 2015). Eventuais colisões com outros valores constitucionais podem ser solucionados baseados na livre circulação de ideias e informações. Entretanto, a liberdade de expressão não goza de poder absoluto, assim, deve-se aplicar no caso concreto ponderando a importância dos demais direitos ali presentes.

O tema liberdade de expressão lida com o fenômeno da horizontalização dos direitos fundamentais, no qual há a aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Da mesma maneira, colisão da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais pode ser tratado pelas “teorias externas”, particularmente pela incidência, que devem, por meio do princípio da proporcionalidade, equilibrar os anseios individuais com os anseios da sociedade. Pela mesma maneira, o tema pode ser encontrado sob ótica de “teorias internas” nas quais não há espaço para a ponderação, mas sim apenas para que o intérprete encontre, *a priori*, os limites de sua aplicação no próprio texto da Constituição ou da legislação.<sup>26</sup>

Considerando tais “teorias internas”, aflora a necessidade de examinar aspectos de núcleo essencial de direitos, tópica e concentricidade em sua qualificação.

O presente artigo não teve pretensão de esgotamento de todos os aspectos da compreensão da liberdade de expressão. Pelo contrário, pretendeu apenas colaborar no sentido de estabelecer a infinitude da sua extensão. Frisa-se que a liberdade de expressão está na essência transcendente do ser humano. O excesso de sua conceitualidade tem-se em si o debate em torno de seus limites, como, por exemplo, no caso da proibição do anonimato. No entanto, traz também um debate profundamente filosófico, pois se em Kant a responsabilidade decorre da autonomia, em Emmanuel Levinas a situação se inverte, fazendo com que a responsabilidade

---

<sup>26</sup> Nas chamadas “teorias internas”, o direito fundamental já germina com seus limites propriamente definidos, assim, pode-se falar em limites imanentes, ou seja, fronteiras implícitas, fazendo com que o processo de definição de limites a direitos seja interno a ele. Já nas “teorias externas”, os direitos fundamentais e as restrições a eles impostas são separados, e dessa maneira há a necessidade de uma identificação dos contornos de cada direito. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

preceda a liberdade.

Logo, debater a temática tornou-se uma necessidade no mundo e no nosso país, que estão cada vez mais intolerantes, misóginos, racistas e homofóbicos. Tornou-se indispensável falar sobre “Direitos Humanos” em um país que pode reduzir/ aniquilar a dignidade humana de presidiários, sob o “mantra” de que “bandido bom é bandido morto”. Falar, falar e falar cada vez mais sobre o assunto é o testemunho que damos à convocação de Martin Luther King que diz: “O que me preocupa não é o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética... O que me preocupa é o silêncio dos bons”.

### 8 REFERÊNCIAS

A LINHA TÊNUE ENTRE ARTE, CRIME DE PICHACÃO E GRAFITAGEM. CARTA CAPITAL. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/02/linha-tenueentre-arte-crime-de-pichacao-e-grafitagem/> Acesso em 20 de Out de 2017.

ATÉ 40% DAS LIGAÇÕES A EMERGÊNCIAS DE SP SÃO TROTES. G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL333916-5605,00ATE+DAS+LIGACOES+A+EMERGENCIAS+DE+SP+SAO+TROTES.html> Acesso em 25 set. 2017.

ATIRADOR INVADIR ESCOLA. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1928712-atirador-invade-escola-particular-de-goiania-e-atacaalunos-e-professores.shtml> Acesso em 21 de out de 2017. 2017.

Barros, P. C.; Carvalho, J. E.; Pereira, B. O. **Um estudo sobre o bullying no contexto escolar.** CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO - EDUCERE “Políticas e práticas educativas: desafios da aprendizagem, 9., 2009, Curitiba, Brasil. Anais... Curitiba: Champagnat, 2009. p. 5738-5757.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 2: especial: dos crimes contra a pessoa.** 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em





## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_23385195\\_BREVES\\_CONSIDERACOES\\_SOBR\\_E\\_O\\_PRINCIPIO\\_DO\\_MELHOR\\_INTERESSE\\_DA\\_CRIANCA\\_E\\_DO\\_ADOLESCENTE.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx)

CABO JÚLIO PEDE DESCULPA À DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO POR TER SE REFERIDO A ELA COMO 'VACA'. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/cabo-julio-pede-desculpa-a-deputada-maria-do-rosario-por-ter-se-referido-a-ela-como-vaca.ghtml> Acesso em 12 out. 2017

CARTILHA SOBRE PROGRAMAS DE PROTEÇÃO A VÍTIMAS E TESTEMUNHAS AMEAÇADAS. Disponível em [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/publicacoes/protecao-a-testemunha/cartilha\\_protecao\\_vitimas\\_testemunhas\\_pfdc\\_2013](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/publicacoes/protecao-a-testemunha/cartilha_protecao_vitimas_testemunhas_pfdc_2013)

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CASTRO, Anna Karina Lopes de. *Direito e Moral - Uma visão Kelseniana*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22490&seo=1>. Acesso em: 01 nov. 2017.

CENSURADA EM PORTO ALEGRE. MOSTRA 'QUEERMUSEUM' SERÁ EXIBIDA NO RIO. O GLOBO. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/artes-visuais/censuradaem-porto-alegre-mostra-queermuseu-sera-exibida-no-rio-21862328> Acesso em 22 de Out. 2017

CHICO BUARQUE DECLARA APOIO À FRENTE NACIONAL CONTRA A CENSURA. CORREIO BRAZILIENSE. Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/diversao-earte/2017/11/20/interna\\_diversao\\_arte,642128/chico-buarque-contr-a-censura.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/diversao-earte/2017/11/20/interna_diversao_arte,642128/chico-buarque-contr-a-censura.shtml). Acesso em 08 de Dez. de 2017.

CONSTANT, Benjamin. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**. 1819. Disponível em: <http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>. Acesso em: 07 dez. 2017.

CORDECH, Pablo Salvador. **El Derecho de La Libertad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

CRIMES VIRTUAIS AFETAM 42 MILHÕES DE BRASILEIROS. ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/releases-ae,crimes-virtuaisafetam-42-milhoes-de-brasileiros,70001644185> Acesso em 19 Out. 2017.

DELPIZZO, Cláudia Nicolazzi Medeiros da Cunha. **O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA**



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

**INTERPRETAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** 2010. 93 f. Tese - Curso de Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal em Parceria Com O Superior Tribunal de Justiça, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

**DIREITO AO SILÊNCIO NÃO É ABSOLUTO, DECIDEM EUA.** CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-19/direito-incriminado-silencio-limitado-decidesuprema-corte-eua> Acesso em 22 de Out. 2017

**FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. Liberdade de Expressão: Direito na Sociedade da Informação:** Mídia, Globalização e Regulação. São Paulo: Pillares, 2005.

**FISCHER, Desmond. O Direito de Comunicar:** Expressão, informação e liberdade. São Paulo: Brasiliense, 1984. Tradução de: Luiz Roberto S. Seabra Malta.

**GERALD THOMAS CONSEGUE ARQUIVAR PROCESSO POR ATENTADO AO PUDOR** CONJUR. Disponível: [https://www.conjur.com.br/2004-ago-17/stf\\_tranca\\_acao\\_penal\\_concede\\_hc\\_gerald\\_thomas](https://www.conjur.com.br/2004-ago-17/stf_tranca_acao_penal_concede_hc_gerald_thomas) Acesso em 20 de Out. 2017

**GODOY, Claudio.** A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade. 2º Edição. Editora Atlas, 2008. São Paulo – SP

**HALL, Edward T..** A System for the Notation of Proxemic Behavior. **American Anthropologist**, [s.l.], v. 65, n. 5, p.1003-1026, out. 1963. Wiley-Blackwell. <http://dx.doi.org/10.1525/aa.1963.65.5.02a00020>.

**IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. PENSE - Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar, 2015.** [online] Disponível na internet via <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97870.pdf>. Arquivo consultado em 21 de Setembro de 2017.

**INTERAÇÃO DE CRIANÇA COM ARTISTA NU EM MUSEU DE SÃO PAULO GERA POLÊMICA.** G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/interacao-decrianca-com-artista-nu-em-museu-de-sp-gera-polemica.ghtml> Acesso em 08 de dez de 2017.

**INTERVOZES E REPORTERES SEM FRONTEIRAS MAPEIAM OS DONOS DA MÍDIA NO BRASIL.** REDE BRASIL ATUAL. Disponível em <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/07/intervozes-e-reporteres-sem-fronteirasmapeiam-os-donos-da-midia-no-brasil> Acesso em 16 Out. 2017

**J. L. AUSTIN E OS ATOS DE FALA EM DIFERENTES DOMÍNIOS DE ESTUDO DA LINGUAGEM.** Disponível em [https://perspectivas.letras.ufg.br/up/298/o/Karla%20Cristina%20dos%20Santos%20Abralim%](https://perspectivas.letras.ufg.br/up/298/o/Karla%20Cristina%20dos%20Santos%20Abralim%20)



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

202009.pdf

JOÃO LEITE TENTA IMPEDIR ESTREIA DE PEÇA E SUSPENDER EXPOSIÇÃO EM BH. UAI. Disponível em: <https://www.uai.com.br/app/noticia/artes-e-livros/2017/10/04/noticias-artes-e-livros,214547/joao-leite-tenta-impedir-estreia-de-peca-esuspender-exposicao-em-bh.shtml>

JUDITH BUTLER ESCREVE SOBRE SUA TEORIA DE GÊNERO E O ATAQUE SOFRIDO NO BRASIL: Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/11/1936103-judith-butler-escreve-sobre-ofantasma-do-genero-e-o-ataque-sofrido-no-brasil.shtml>

JUSTIÇA MANDA VEREADOR RETIRAR VÍDEO SOBRE EXPOSIÇÃO POLÊMICA DO FACEBOOK. ESTADO DE MINAS. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/10/11/interna\\_politica,907905/justicamanda-vereador-retirar-video-sobre-exposicao-polemica-do-face.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/10/11/interna_politica,907905/justicamanda-vereador-retirar-video-sobre-exposicao-polemica-do-face.shtml) Acesso em 22 de Out. 2017

KALIL DIZ QUE PARA O SÉCULO 21 EXPOSIÇÃO DE MORALEIDA ‘NÃO TEM NADA DE MAIS’. ESTADO DE MINAS. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/10/09/interna\\_gerais,907287/kalil-diz-quepara-seculo-21-exposicao-de-moraleida-nao-tem-nada.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/10/09/interna_gerais,907287/kalil-diz-quepara-seculo-21-exposicao-de-moraleida-nao-tem-nada.shtml) Acesso em 19 de Out. 2017

LEÃO, Anís José. **Revista de Estudos Políticos: Limites da Liberdade de Imprensa**. Belo Horizonte: Imprensa da Universidade de Minas Gerais, 1961

LÉCUYER, Guillaume. **Liberté D’expression et Responsabilité**. Vol. 56 Nouvelle Bibliothèque de Thèse. 2004. –Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). Paris/França.

LOPES, Vera Maria e Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOREA, Roberto. **Em Defesa das Liberdade Laicas**. Editora Livraria do Advogado, 2008. Porto Alegre – Rio Grande do Sul

MANIFESTANTES PÕEM FOGO EM BONECA DE FILÓSOFA AOS GRITOS DE “QUEIMEM A BRUXA”: Disponível em [https://www.buzzfeed.com/alexandrearagao/manifestantes-poem-fogo-em-boneca-defilosofa-aos-gritos-de?utm\\_term=.nherANOnD#.bcQKga1DM](https://www.buzzfeed.com/alexandrearagao/manifestantes-poem-fogo-em-boneca-defilosofa-aos-gritos-de?utm_term=.nherANOnD#.bcQKga1DM)  
MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso de ódio**. Editora Revista dos Tribunais, 2009. São Paulo – SP

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinha>



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

s=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=199172104.2008.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar Acesso em 15 de out. 2017. 2017.

MUSEU É ACUSADO DE PEDOFILIA APÓS INTERAÇÃO DE CRIANÇA COM HOMEM NU EM EXPOSIÇÃO. O DIA. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/brasil/201709-29/museu-e-acusado-de-pedofilia-apos-interacao-de-crianca-com-homem-nu-emexposicao.htm> Acesso em 20 de Out. 2017

O DISCURSO DE ÓDIO QUE ESTÁ ENVENENANDO O BRASIL: Disponível em [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/18/actualidad/1511039404\\_742600.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/18/actualidad/1511039404_742600.html)  
PARECER DA PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO - NOTA TÉCNICA NO 11/2017/PFDC/MPF: Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-deatuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/nota-tecnica-liberdade-artistica-e-protecao-decriancas-e-adolescentes>

PEIXOTO, M; SOUSA, R. A. F.; ODON, T. I. Combate ao Trote Telefônico: uma questão de emergência. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, outubro/2015 (Boletim Legislativo nº 36, de 2015). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 25 de setembro de 2017.

PM QUE DIRIGIA UBER MATA TRÊS QUE TENTARAM ASSALTA-LO EM SÃO PAULO. G1. Disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/11/pm-que-dirigiauber-mata-tres-que-tentaram-assalta-lo-em-sao-paulo.html> Acesso em 12 de Out. 2017

POLUIÇÃO VISUAL: QUE MAU ISSO FAZ?. Disponível em [http://sites.uepb.edu.br/biofar/download/v2n2-2008/06-poluicao\\_visual.pdf](http://sites.uepb.edu.br/biofar/download/v2n2-2008/06-poluicao_visual.pdf)

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

PORTARIA Nº 1.100, DE 14 DE JULHO DE 2006. Disponível em [http://www.anatel.gov.br/hotsites/Direito\\_Telecomunicacoes/TextoIntegral/NOR/prt/mj\\_20060714\\_1100.pdf](http://www.anatel.gov.br/hotsites/Direito_Telecomunicacoes/TextoIntegral/NOR/prt/mj_20060714_1100.pdf)

PREFEITO DE BH DEFENDE EXPOSIÇÃO DE MORALEIDA EM MEIO À POLÊMICA SOBRE ARTE. G1. <https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/prefeito-de-bh-defendeexposicao-de-moraleida-em-meio-a-polemica-sobre-arte.ghtml> Acesso em 22 de Out. 2017

SALLES, Daniel José Pereira de Camargo; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. A Relação entre Propriedade e Liberdade de Expressão na Cultura Digital. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, São Paulo, v. 14, n. 20, p.9-28, 2010.

SANCIONADO PROJETO DE LEI QUE PUNE QUEM REALIZA TROTES EM



## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

SERVIÇOS DE EMERGÊNCIA. HOJE EM DIA. Disponível em: <http://hojeemdia.com.br/horizontes/sancionado-projeto-de-lei-que-pune-quem-realiza-trotesem-servi%C3%A7os-de-emerg%C3%Aancia-em-minas-1.436132> . Acesso em 25 set. 2017 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000.

SOCIAL, Intervozes: Coletivo Brasil de Comunicação. **A Sociedade Ocupa a TV: O caso Direitos de Resposta e o controle público da mídia**. São Paulo: Intervozes: Coletivo Brasil de Comunicação Social, 2007. Disponível em: [http://observatoriodaimprensa.com.br/wpcontent/uploads/A\\_Sociedade\\_ocupa\\_a\\_TV.pdf](http://observatoriodaimprensa.com.br/wpcontent/uploads/A_Sociedade_ocupa_a_TV.pdf). Acesso em: 15 out. 2017.

STJ MANTEM CONDENAÇÃO DE BOLSONARO. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/stj-mantem-condenacao-de-bolsonaro-porofensas-a-maria-do-rosario.ghtml> Acesso em 22 de out. 2017. 2017.

WILLIAM WAACK É AFASTADO DO JORNAL DA GLOBO. G1 <https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/william-waack-e-suspenso-do-jornal-da-globo.ghtml> Disponível em: Acesso em 24 Nov. 2017.  
ZEZÉ PERRELA ABRE MÃO DE IMUNIDADE PARA ARBITRO PROCESSÁ-LO. UOL. Disponível em <https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas/2007/10/09/ult59u132895.jhtm> Acesso em 13 de out. 2017.

### ANEXOS

#### ANEXO A JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO = BVerfGE 75, 369

#### ANEXO B JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

US Supreme Court, Brandenburg v. Ohio, US 395: 444  
US Supreme Court, Cantwell v. Connecticut, US 310: 296  
US Supreme Court, Chaplinsky vs New Hampshire US 315: 568  
US Supreme Court, Falwell v. Hustler Magazine US 485: 46  
US Supreme Court, Schenck vs United States US 249: 47  
US Supreme Court, Texas vs Johnson, 491 US 397: 414  
US Supreme Court, Thornhill v. Alabama, US 310: 88  
US Supreme Court, United States vs Eichmann US 496: 310





## BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO BRIEF COMMENTS ON FREEDOM OF SPEECH

US Supreme Court, Virginia v. Black US 538: 343

### **ANEXO C JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

BRASIL. Tribunal de Justiça de MG. Apelação Civil **1.0024.08.199172-1/001**. Da Décima Quarta Vara Civil. Relator Hilda Teixeira da Costa. Minas Gerais. 5 de outubro de 2012.

Disponível em <http://tjmg.jus.br> Acesso em 15 de Out de 2017

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 164421/ RJ. Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar, (RSTJ, 128/372)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmulas 221 e 281.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815/DF. Relatora Ministra Cármen Lúcia.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709> Acesso 08 de dez 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus 82424/RS, Ministro Relator Mauricio Correa.

### **ANEXO D JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA**

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentença* n. 123/1993

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentença* n. 63/1993

Enviado em: 21/03/2023.

Aceito em: 21/03/2023.



# A DIALÉTICA DA DEMOCRACIA: ENTRE LEGISLADORES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

## THE DIALECTIC OF DEMOCRACY: BETWEEN LEGISLATORS AND JUDICIAL REVIEW

Walter Claudius Rothenburg<sup>1</sup>

### Resumo

O controle de constitucionalidade exercido por meio da jurisdição constitucional, especialmente por tribunais constitucionais, firma-se como uma reconfiguração da separação de Poderes. Este artigo aborda a tensão entre jurisdição constitucional e Poder Legislativo, na medida em que a atividade legislativa, fundada na representação popular, pode ser impugnada. Enfatiza-se a importância da jurisdição constitucional e o eventual embate com o Poder Legislativo no contexto da democracia contemporânea. A partir de revisão da bibliografia e análise pontual de decisões do Supremo Tribunal Federal, um enfoque dedutivo aponta que a jurisdição constitucional permite questionar a atividade legislativa e possibilita a instauração de um diálogo institucional construtivo.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade; jurisdição constitucional; separação de Poderes.

### Abstract

The judicial review exercised through constitutional jurisdiction, especially by constitutional courts, stands as a reconfiguration of the separation of Powers. This paper addresses the tension between judicial review and the Legislative Branch, since legislative activity, based on popular representation, can be challenged. The importance of judicial review and the eventual clash with the Legislative Power in the context of contemporary democracy are emphasized. A deductive approach, based on bibliographical research and specific analysis of decisions of the Brazilian Federal Supreme Court, points out that the judicial review allows questioning the legislative activity and enables the establishment of a constructive institutional dialogue.

**Key words:** judicial review; control of constitutionality; separation of Powers.

---

<sup>1</sup> Livre-docente em Direitos Humanos pela USP, Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Professor do CEUB – Centro Universitário de Bauru, Procurador Regional da República.



## **1. INTRODUÇÃO**

Quando se aborda a democracia, soa tradicional tratar do Poder Legislativo como o espaço por excelência e o ator insuperável da representação popular. “Tradicional” também pode ser uma das designações do antigo, do que ainda está atado ao velho e resiste à inovação; daquilo que está, de certo modo, superado. Há uma forte tendência contemporânea a acentuar as virtudes democráticas do papel desempenhado por tribunais (e cortes) constitucionais, especialmente quando infirmam opções questionáveis realizadas pelos legisladores.

O controle de constitucionalidade é um dos temas de maior destaque do Direito Constitucional contemporâneo (ROTHENBURG, 2020). Falar da jurisdição constitucional em relação à democracia passou a ser frequente. (MARINONI, 2021) É quase incontornável apresentar a jurisdição constitucional em confronto com a abalada primazia parlamentar. Pretende-se superar a percepção “tradicional” da separação de poderes numa perspectiva dialética: o respeito pela representação democrática do Poder Legislativo não pode ser abandonado (WALDRON, 2010), mas incorporado à perspectiva da jurisdição constitucional e funcionar como algo novo.

A democracia representativa, baseada na representação político-eleitoral conduzida por partidos políticos, apresenta sinais de desgaste e disfuncionalidade. Outras alternativas radicalmente democráticas, otimizadas pela tecnologia hoje disponível, apontam para uma participação mais democrática (com pessoas “comuns”, dos diversos segmentos da população, que não são políticos profissionais), mais direta (pessoas vindas de métodos comunitários de escolha, eventualmente até por sorteio, e que se manifestam em processos deliberativos simplificados) e talvez mais efetiva (decisões e revisões com probabilidade de serem implementadas), em complementação à representação político-eleitoral tradicional. (LANDEMORE, 2020; GARGARELLA, 2021) A jurisdição constitucional como crítica e capacidade de impugnação das opções do parlamento “tradicional” tende a ter sua legitimidade enfraquecida em face de opções realizadas por alternativas mais consistentes de participação democrática. (GODOY, 2017)

Voltando ao cenário ainda tradicional do controle de constitucionalidade tal como se firmou no século precedente, não se ignora que a jurisdição constitucional é um antídoto necessário não apenas em contraste com o Poder Legislativo, mas – e eventualmente sobretudo – em contraste com o Poder Executivo e sua estrutura de execução de políticas públicas, bem como em contraste com âmbitos da sociedade detentores de forte influência (econômica, religiosa, cultural...).

Esta reflexão, contudo, fazia um retrato mais simplista, há quase duas décadas, quando ainda se formava a questão a respeito da polêmica entre a jurisdição constitucional e os legisladores eleitos, sobre quem teria a última palavra (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 47-51; BRANDÃO, 2012; MENDES, 2011), sobre os impactos e consequências das decisões em controle de constitucionalidade (“backlash”) (PEGORARO, 2021). Mas capturava uma recorrência que não perde atualidade: a dialética da democracia.

## **2. LEGISLADORES NO PLURAL**

A atividade legislativa, no mundo contemporâneo (e talvez desde sempre), é desempenhada por vários sujeitos constitucionalmente investidos do poder normativo primário ou com delegação autorizada.

Essa atividade deve estar predominantemente sob domínio do Poder Legislativo, que é um órgão colegiado por óbvias exigências democráticas. Daí preferirmos o uso do plural “legisladores”, ao invés da alusão reducionista à figura singular e mítica do “legislador”, tão usual na linguagem jurídica.

O advento do Estado social, mais ou menos intervencionista, ressalta, contudo, o papel normativo de outros sujeitos, marcadamente do Poder Executivo (CLÈVE, 1993, p. 33-42). A frequência e importância da atividade legislativa do Executivo estende-lhe as modernas exigências democráticas de contenção recíproca entre órgãos da soberania – traduzida na edulcorada expressão “harmonia (paz e amor) entre os Poderes” –, marcadamente no tocante ao controle de constitucionalidade dessa atividade por meio da jurisdição constitucional. Não é só o Poder Legislativo, portanto, que legisla, e eis aí mais uma boa razão para a utilização da expressão “legisladores”, no plural.

O presente ensaio, ao tecer considerações a propósito das tensões e reações da atividade legislativa em face da jurisdição constitucional, tem em vista principalmente o Legislativo, como protagonista do poder normativo, mas não ignora a fortíssima influência do Poder Executivo e a presença de outros sujeitos constitucionalmente autorizados a exercer, democraticamente, esse poder. A utilização da expressão “legisladores”, no plural, oferece tal versatilidade.

### **2.1 A impugnação da lei pelo tribunal da constitucionalidade**

O arranjo atual dos “Poderes” na democracia de muitos países ocidentais vai além de uma simples tripartição. É bem verdade que essa separação é apresentada como sendo sobretudo uma divisão

de *funções* (legislativa e fiscalizatória; de governo e administrativa; jurisdicional) e, nessa medida, dificilmente qualquer outra atividade pública (de Estado) deixaria de estar compreendida em alguma dessas funções. Mas a correspondência dessas funções a três grandes órgãos de soberania – a legislativa e fiscalizatória, ao Poder Legislativo ou Parlamento (GONÇALVES, 2001, p. 14-17; SCHIER, 2005, p. 17-36); a de governo e administrativa, ao Poder Executivo; a jurisdicional, ao Poder Judiciário – já não dá conta da complexidade, estrutural e funcional, das democracias contemporâneas. (ACKERMAN, 2009)

Não se trata apenas de uma questão orgânica e, por isso, meramente numérica, segundo a qual haveria outros sujeitos, como conselhos setoriais e agências reguladoras, que também exerceriam atividade normativa em caráter primário. Veja-se, a propósito, a polêmica função normativa do Conselho Nacional de Justiça (art.103-B da Constituição brasileira de 1988), admitida pelo Supremo Tribunal Federal, relativa a uma resolução que veda o nepotismo (BRASIL, 2006a).

Trata-se, principalmente, de uma questão funcional, que tem a ver com o relacionamento entre os diversos órgãos, a interferência e controle recíprocos. É como se a tradicional cláusula “poderes independentes e harmônicos” tivesse recebido uma primeira e ingênua leitura cujo acento residiria no adjetivo “independentes”, o que ressaltaria o sujeito (órgão, “Poder”), e agora uma segunda leitura acentuasse o adjetivo “harmônicos”, o que ressalta a função (atividade).

A rigor, ambos os aspectos conjugam-se. A um “*modelo guiado pela idéia de equilíbrio funcional (teleológico ou relacional)*”, em que “[a] distinção orgânica continua sendo importante, embora se flexibilize a atribuição das diferentes funções de governo”, e se fale “de ‘independência orgânica’ e ‘interdependência de funções’, com a atribuição precípua e não mais exclusiva de uma função a um órgão especializado”, segue-se um “*modelo de ‘divisão de poderes’ (funcionalista, procedimentalista, garantista ou objetivista)*”, que “admite a concentração funcional, se houver procedimentos de controle que assegurem o exercício regular do poder, evitando a sua autoprogramação”, ou seja, preocupa-se “com a definição de procedimentos de controle que confirmem razoável segurança contra os excessos ou as ilegalidades sistêmicas” (SAMPAIO, 2002, p. 430-431).

Nesse panorama misto, destaca-se um órgão de feição “judicialiforme” que, com base na Constituição, pode infirmar as opções de outros Poderes e órgãos da soberania popular. Ainda que tal alternativa talvez não seja logicamente necessária, pois “[a] obrigatoriedade e a supremacia jurídica da Constituição não significa, automaticamente que os tribunais possam fixar seu sentido em última instância, invalidando os entendimentos contrários do legislador” (DIMOULIS, 2003, p. 217), é ela a alternativa que tem sido adotada em diversos países democráticos.



Trata-se dos tribunais (ou cortes) constitucionais, como é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro. O cenário contemporâneo implica essa reconfiguração institucional, em que do princípio da separação de poderes, em que “[o] STF joga um papel importante na vetusta e ultrapassada idéia da separação de poderes de Montesquieu. Se os Poderes, em algum momento das sociedades organizadas, já puderam ser identificados como sendo três, a configuração atual, inclusive no Brasil, é muito mais complexa do que essa histórica doutrina.” (TAVARES, 2006)

Tais tribunais (ou cortes) podem integrar o Poder Judiciário, quando assumem outras funções tipicamente judiciais e funcionam, em alguma medida, como instância revisora situada na cúpula da organização judiciária. Ou podem apresentar-se como órgãos mais ou menos à parte do Poder Judiciário, com função específica (não necessariamente exclusiva) de controle de constitucionalidade.

Compete aos tribunais (ou cortes) constitucionais – e melhor teria sido designá-los “tribunais (ou cortes) da constitucionalidade”, pois constitucionais são todos os órgãos de soberania (portanto, também os demais “Poderes”) previstos ou fundados na Constituição – resolver as questões diretas e tipicamente constitucionais, ou seja, fazer a aplicação (definitiva) da Constituição quando surjam problemas, especialmente problemas que envolvam os demais órgãos de soberania; isso envolve, mais ou menos diretamente, a garantia dos direitos fundamentais. Tal função é justamente chamada de “jurisdição constitucional”. Note-se ser tamanho o prestígio da jurisdição constitucional, como garantia da supremacia da Constituição, que há equivalentes em âmbito supranacional, cujo parâmetro estaria nas normas de Direito Internacional (CAPPELLETTI, 1992, p. 13-15) ou de Direito Comunitário (PAGLIARINI, 2005, p. 179-196).

Não se tem deixado de apontar o desconforto que provoca a atribuição de uma tal autoridade, que pode sobrepor-se e, assim, suscitar as clássicas objeções a propósito da legitimidade desse órgão precipuamente técnico e não-eleito, e de seus limites (quem fiscalizaria o fiscal). Todavia, a falta de um órgão em melhores condições – lembre-se da posição de Carl SCHMITT (1998) a favor da atribuição dessa magistratura ao Chefe de Estado na Alemanha à época da Constituição de Weimar – e o relativo sucesso da experiência com os tribunais (ou cortes) constitucionais – uma legitimidade “performática” ou de exercício, bem como de êxito ou resultado (ROTHENBURG, 2005, p. 151-174; BARROSO, 2017) – consagrou a jurisdição constitucional na atualidade. Chega a ser evocada a teoria dos poderes neutrais e do Poder Moderador, encarnado no tribunal constitucional (ARAGÃO, 2001, p. 24-30).

Certo parece ser que o tribunal constitucional tem, sim, excelentes condições para fazer uma interpretação quase sempre definitiva da Constituição e, a partir disso, garantir os direitos fundamentais, as regras do jogo democrático e a convivência entre os Poderes de Estado. “Mas não consigo imaginar



– conclui DWORKIN (2000, p. 26-27) – em que argumento se poderia pensar para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que decisões judiciais. Obviamente, segundo qualquer teoria de direito, decisões sobre direitos são melhores se baseadas em mais informações que menos informações sobre uma variedade de fatos. Mas não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas.”. Arremata o jurista inglês: “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”.

A opinião de Dworkin precisa ser lida no contexto de seu pensamento, baseado numa moral pública, que distingue “questões de política” de “questões de princípio”, estas frequentemente associadas aos direitos fundamentais. As “questões de princípio” – e não qualquer questão que envolva discricionariedade e avaliação política – é que saberiam ser tão bem ou melhor resolvidas por juízes.

O tribunal constitucional pode destruir o produto dos legisladores. Como adverte LAMBERT (1921, p. 229) em estudo clássico, “ao contato do controle de constitucionalidade, a interpretação judicial adquire uma tal liberdade de atuação, que comporta um verdadeiro poder de destruição e de reconstrução”. É o que ocorre, por exemplo, com a pronúncia de nulidade decorrente da declaração de inconstitucionalidade ou, quanto à atividade fiscalizatória, com a restrição de atuação de uma comissão parlamentar de inquérito. A lei não é mais incontestável: desaparece a “adoração quase religiosa da lei” (CRUZ, 2004, p. 244).

Uma ilustração no campo penal é dada pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar um caso concreto (em prestação jurisdicional específica de proteção a direito fundamental) e, incidentalmente decidir que a lei de crimes hediondos (Lei 8.072/1.990) era inconstitucional na medida em que impunha o regime fechado de cumprimento da pena, ou seja, excluía a possibilidade de progressão de regime e, assim, violava o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição). (BRASIL, 2006b)

A Constituição brasileira instituiu um mandamento específico de criminalização (art. 5º, XLIII) e deixou ao Legislativo (nem poderia ser diferente) a definição dos “crimes hediondos”. Embora a própria Constituição tenha definido um regime jurídico excepcionalmente grave para os “crimes hediondos” (“inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”), ela deixou ao Legislativo a regulamentação da individualização da pena em geral (art. 5º, XLVI). Nunca deve ser desprezado o âmbito de conformação legislativa constitucionalmente estabelecido. Ademais, a possibilidade de concessão de livramento condicional, a partir de avaliações individuais, após cumpridos dois terços da

prisão (conforme previsto no art. 83, V, do Código Penal especificamente aos condenados por “crime hediondo”), revela abrandamentos ao cumprimento integral da pena em regime fechado. Mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio constitucional da individualização da pena não havia sido suficientemente assegurado.

Uma lei gerada em conformidade com a expectativa popular (clamor nem sempre suficiente como justificação, pois talvez conduzisse à ilegitimidade da vedação constitucional à pena de morte – art. 5º, XLVII, “a” –, proibição que representa uma conquista humanitária e segue uma tendência internacional) foi infirmada pelo tribunal constitucional (RAMOS, 2022, p. 713-716). Resta ao Legislativo ou conformar-se ou inspirar-se nos argumentos utilizados pelo tribunal e alterar a lei, de modo que o Legislativo não se acomode aos limites da interpretação que o Supremo Tribunal Federal fez da lei à luz da Constituição e exerça, o Legislativo, sua função de conformação legislativa; ou – o que é pouco provável e indicado – insistir no modelo de regulação e fazer outra lei parecida, que correrá o sério risco de também ser declarada inconstitucional.

Não se perca de mirada, contudo, que a deslegitimação do Legislativo, operada pelo Supremo Tribunal Federal, deu-se segundo um procedimento constitucionalmente previsto, sob fundamento constitucional devidamente justificado e no intuito de promover direito fundamental. Não há razão para alguma crise institucional.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal que envolveu interpretação de norma constitucional relativa a direito fundamental deu-se na questão a respeito de uma mãe adotiva que reivindicava o direito à “licença à gestante” (assim designada no art. 7º, XVIII, da Constituição), com a oposição de seu empregador. O STF entendeu então que, por não haver previsão legal, esse direito não existia (princípio da legalidade). (BRASIL, 2000)

A decisão infeliz parece ignorar a existência de normas constitucionais suficientes para a solução da questão. Entre a análise da questão sob a perspectiva da adotante (com base no critério fisiológico, refletido na linguagem restritiva do texto constitucional: “licença à gestante”, ou com base no princípio da isonomia, acentuando a distinção entre a mãe adotiva e a mãe biológica) ou sob a perspectiva da criança (com base no princípio da isonomia, porém acentuando a equiparação entre filhos naturais e adotivos – art. 227, § 6º, da Constituição – e ressaltando o interesse do menor), será que não se deve extrair da Constituição um claro pendor para os interesses do adotado?

Seja-nos perdoada a escolha de uma decisão a nosso ver equivocada do Supremo Tribunal Federal, dentre tantas em que, acertadamente, faz valer a Constituição sobre investidas de outros Poderes e órgãos. Afinal, o STF desempenha o insubstituível papel de guardião da constitucionalidade.



Ao apontar a ausência de lei específica que autorizasse a licença-maternidade (esta é a designação mais adequada) à mãe adotiva, o Supremo Tribunal Federal não deixou de revelar uma crítica à omissão do Legislativo. É provável que o Legislativo não pretendesse excluir a mãe adotiva do benefício, tanto é que, na situação análoga da servidora pública, os legisladores previram expressamente a aplicação da licença (limitada a 90 dias) no art. 210 da Lei 8.112/1.990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União).

Talvez a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha estimulado o Legislativo a exercer seu papel de conformação legislativa em sentido inverso ao da interpretação judicial. Uma má decisão, em sede de jurisdição constitucional, precisou ser superada por uma nova (e boa) legislação. Isso se deu com a edição da Lei 10.421, de 15/04/2002, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para estender “à mãe adotiva o direito à licença-maternidade” (perceba-se, pela utilização dessa expressão mais abrangente, a superação dos limites textuais da expressão constitucional “licença à gestante”).

A possibilidade democrática de infirmar a decisão judicial, ainda quando tomada em sede de jurisdição constitucional, deve ser considerada como contraponto – excepcional, é certo – à autoridade (não incontestável, pois) do tribunal constitucional. A decisão judicial é muito forte, e, “diferentemente dos outros órgãos constitucionais, os próprios erros [do tribunal constitucional] acabam sendo mais difíceis de corrigir” (SIMON, 1996, p. 856-857); mas a decisão judicial não é insuperável.

O tribunal constitucional, ainda que do alto de sua autoridade, não está desconectado. Deve estar preocupado com o que pensam de seu exercício as demais autoridades e a sociedade. E pode, eventualmente, sofrer desautorização. Haverá então um delicado embate entre o tribunal constitucional e o Poder Legislativo, se este, inconformado com alguma decisão daquele, resolver revertê-la ou superá-la.

A preocupação do juiz (personificando aqui a autoridade da jurisdição constitucional) com a repercussão de suas decisões é verbalizada por Chaïm Perelman (citado por ATIENZA, 2003, p. 83): “o juiz [...] deve se esforçar por emitir julgamentos que sejam aceitos tanto pelos tribunais superiores, pela opinião esclarecida, quanto – quando se trata de decisões da Corte de Cassação – pelo legislador, que não deixará de reagir se as decisões da Corte Suprema lhe parecerem inaceitáveis”.

### **3. A RECONFIGURAÇÃO DA LEI PELO LEGISLATIVO – DIALÉTICA**

Não deve causar estranheza nem decepção a interação entre órgãos da soberania numa  
*Revista Juridicidade Constitucional e Democracia. Vol.1 No. 1.*  
*Universidade do Estado do Rio Grande do Norte: Mossoró, jan./maio 2023.*  
*Campus Universitário Central – Rua Professor Antônio Campos*

democracia, em que uns desautorizam outros. Democracia envolve pluralismo, com visões diferentes de mundo e interesses conflitantes. Como afirma Perelman (citado e comentado por ATIENZA, 2003, p. 82-83), o pluralismo “renuncia a uma ordem perfeita, elaborada em função de um único critério, pois admite a existência de um pluralismo de valores incompatíveis. Daí a necessidade de compromissos razoáveis, resultantes de um diálogo permanente, de um confronto de pontos de vista opostos”.

Perelman atribui aos operadores do Direito a função – tendencialmente conservadora – de equilibrar os distintos interesses e visões de mundo, por meio de acordos consensuais e relativamente instáveis: “Os legisladores, os tribunais e a jurisprudência de um Estado pluralista (a forma de Estado que Perelman considera justificada) são instituições encarregadas de estabelecer e manter um equilíbrio entre pretensões contrapostas, porém legítimas. Isso significa que serão necessárias tomadas de decisões razoáveis; não soluções perfeitas, únicas e definitivas, mas soluções aceitáveis, modificáveis e aperfeiçoáveis” (ATIENZA, 2003, p. 82-83).

A influência da decisão judicial, especialmente em jurisdição constitucional, sobre a atividade legislativa e sobre as demais atividades de poder público, não deve ser enfocada apenas quando houver confronto. A “resposta” judicial é um importante fator de repercussão e retroalimentação para o Legislativo, que pode levar em consideração essa “resposta” na formulação das leis: “os fundamentos jurídicos lançados pela Corte Constitucional certamente se tornarão indicativos para a regulamentação jurídica, seja pelo Parlamento na edição de uma nova lei, seja pelo Judiciário (administração na solução de casos concretos que envolvam relações sociais, até então regradas pela lei declarada inconstitucional)” (CRUZ, 2004, p. 126). Pode-se dizer, com inspiração em Habermas, que o discurso de justificação da atividade jurisdicional “impõe debates argumentativos impossíveis ao discurso de fundamentação” (próprio da atividade legislativa), e que “essa argumentação pode influenciar o legislador político, de modo que ele, por meio não apenas de um autocontrole, mas também por influência reflexiva das decisões judiciais, modifique/aperfeiçoe seu discurso de fundamentação” (CRUZ, 2004, p. 247).

Técnicas de decisão em sede de jurisdição constitucional que preservam, em alguma medida, o ato questionado e seus efeitos demonstram o respeito do tribunal constitucional (e de outros órgãos do Poder Judiciário que decidam questões constitucionais em concreto) para com o Legislativo. São convites ao diálogo interinstitucional. É assim com a interpretação conforme a Constituição, em que o Judiciário, diante de diversas leituras da norma, umas compatíveis com a Constituição e outras não, mas todas tiradas dos sentidos possíveis, objetivos e razoavelmente atribuíveis à intenção legislativa, adota uma delas e, conformando a interpretação da norma questionada à Constituição, rejeita a alegação de





inconstitucionalidade e deixa de invalidar a norma, preservando-a. É assim também com o “apelo ao legislador” e com o trânsito para a inconstitucionalidade (inconstitucionalidade progressiva), numa situação quase limite em que a norma tende para a incompatibilidade à Constituição, mas esse processo ainda não se consumou, sendo possível sustentar a constitucionalidade da norma (o tribunal constitucional rejeita a alegação de inconstitucionalidade), ou seja, aceitar a opção legislativa (por enquanto), ao mesmo tempo em que, mais ou menos expressamente, o tribunal constitucional endereça ao Legislativo uma sugestão – fortemente sugestiva (seja perdoada a redundância hiperbólica) – de reformulação (ou revogação) da norma (MENDES, 2000, p. 59-70).

Mas é em situações de confronto que se revela com mais intensidade e drama a dialética democrática entre instituições encarregadas de aplicar a Constituição e, sob essa inspiração, participar da aventura legislativa: o Legislativo, como formulador primário da norma em sua generalidade e abstração; o tribunal constitucional, como intérprete e eventual reformulador dessa norma.

Tendo o Judiciário, especialmente o tribunal constitucional, infirmado uma opção legislativa, devolve-se ao Legislativo a oportunidade de conformação legislativa. Vimos as alternativas que tem o Legislativo, inclusive a possibilidade de insistir em fazer novas leis de sentido semelhante ou idêntico ao daquelas que foram declaradas inconstitucionais, ou de sentido contrário ao daquelas declaradas constitucionais. Essa atitude não significa necessariamente um episódio de teimosia, podendo revelar uma reapreciação ponderada da situação, com a consideração dos argumentos tecidos em sede de jurisdição constitucional. Se, após o *momento 1*, em que o Legislativo editara a norma com a qual expressara sua interpretação da Constituição (no espaço de conformação legislativa dado por esta), o Judiciário, no *momento 2*, declarara a inconstitucionalidade dessa norma, fazendo a sua interpretação da Constituição, o *momento 3* pode aparecer como a síntese de um processo democrático de reflexão e avaliação das expectativas da sociedade, em que o Legislativo conclui pelo acerto de sua opção original (momento 1), produz outra norma semelhante ou idêntica àquela e essa opção é enfim aceita pelo Judiciário.

Pode ocorrer, todavia, de o tribunal constitucional (ou outro órgão do Poder Judiciário) voltar a infirmar a opção reiterada do Legislador. Existe a hipótese de neutralizar-se essa possibilidade por meio de emenda à Constituição, no caso de o tema não ferir os limites materiais da reforma constitucional (“cláusulas pétreas”): o Legislativo – que detém a competência para emendar a Constituição – aprova uma reforma que consagra, no texto constitucional (como norma da própria Constituição), aquela opção legislativa que havia sido infirmada pelo tribunal constitucional.

Aconteceu algo semelhante com a possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária dos

servidores públicos civis aposentados e pensionistas, que era prevista em diversas legislações estaduais. O Supremo Tribunal Federal declarou-as inconstitucionais, por contrariarem a Emenda Constitucional 20/1998. (BRASIL, 1999) Foi então modificada a Constituição, por meio da Emenda Constitucional 41/2003, cuja constitucionalidade foi questionada no Supremo Tribunal Federal, que agora rejeitou a incompatibilidade. (BRASIL, 2004) É verdade que a alteração ocorreu no próprio paradigma constitucional, com a sucessão de emendas à Constituição; todavia, a interpretação que o STF emprestou à primeira emenda talvez não correspondesse ao objetivo dos legisladores da reforma, que tiveram de ser mais explícitos quando da segunda emenda constitucional, de modo a superar o entendimento pretoriano e fazer prevalecer a opção legislativo-constitucional.

Se, no entanto, a legislação ferir os limites materiais da reforma constitucional, se assim o entender o tribunal constitucional, este poderá declarar a inconstitucionalidade da emenda à Constituição, e ter-lhe-á cabido a última palavra (LIMA, 2018). Restam ao Legislativo alternativas radicais, dentro do quadro constitucional, de alteração do próprio tribunal constitucional ou do procedimento jurisdicional de fiscalização de constitucionalidade, após o que poderiam os legisladores insistir na opção legislativa que havia sido infirmada em sede de jurisdição constitucional. Verificar-se-ia uma grave crise institucional, que poderia ser enfrentada pelo próprio tribunal constitucional, haja vista que ele poderia considerar tais emendas de alteração contrárias ao programa constitucional e às suas cláusulas pétreas (no caso da Constituição brasileira, expressamente, “a separação dos Poderes”: art. 60, § 4º, III) e, assim, ter ele, tribunal constitucional, a palavra final. Estaríamos então, talvez e perigosamente, próximos de um rompimento constitucional.

#### 4. CONCLUSÕES

Voltando a uma perspectiva menos radical, o conflito que se instaura entre a opção legislativa e a declaração de inconstitucionalidade, entre o Poder Legislativo e o tribunal constitucional, e que se resolveu primeiro pela “desconformação” da lei – com a prevalência da decisão judicial –, resolve-se agora pela “reconformação” legislativa – com a prevalência da opção dos legisladores. Esta, por sua vez, pode abrir a oportunidade de um novo embate, com nova declaração de inconstitucionalidade.

Esta a dialética que constitui a democracia atual, sob a marcante influência da jurisdição constitucional, mas sem desconsiderar a legitimidade dos espaços de conformação legislativa. O discurso de ênfase nas virtudes do controle jurisdicional de constitucionalidade e na relevância do papel do tribunal constitucional não deve ofuscar a importância do Poder Legislativo nas democracias



constitucionais contemporâneas. A afirmação dos direitos fundamentais não se consegue apenas com a jurisdicionalização das reivindicações. A jurisdição não deve pretender monopolizar a realização dos direitos, tarefa complexa que não prescinde da – nem se encerra na – configuração legislativa. O controle jurisdicional pode apresentar-se, não como instância definitiva, mas como instância reflexiva, em reforço à melhor concretização possível dos direitos.

## 5. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 21-37.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 25-77.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar 2.010/DF**. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 29/09/1999. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 197.807/RS**. Relator Ministro Octavio Gallotti, julgamento em 30/05/2000. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.105/DF e 3.128/DF**. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade – Medida Cautelar 12/DF**. Relator Ministro Carlos Britto, julgamento em 16/02/2006. 2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959/SP**. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23/02/2006. 2006b.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

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



## A DIALÉTICA DA DEMOCRACIA: ENTRE LEGISLADORES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### THE DIALECTIC OF DEMOCRACY: BETWEEN LEGISLATORS AND JUDICIAL REVIEW

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Menezes (coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 213-223, jan/jun. 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales:** Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al diálogo ciudadano. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2021.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo:** crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Comissões parlamentares de inquérito.** Poderes de investigação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis.** L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Paris: Marcel Giard & Cie., 1921.

LANDEMORE, Hélène. **Open democracy:** reinventing popular rule for the twenty-first century. Princeton: Princeton University Press, 2020.

LIMA, Jairo. **Emendas constitucionais inconstitucionais:** democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARINONI, L. G. **Processo constitucional e democracia.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil.** São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Constituição européia como signo:** da superação dos dogmas do Estado nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PEGORARO, Luiz Nunes. **O backlash diante do ativismo judicial.** Bauru: Spessotto, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.



## A DIALÉTICA DA DEMOCRACIA: ENTRE LEGISLADORES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### THE DIALECTIC OF DEMOCRACY: BETWEEN LEGISLATORS AND JUDICIAL REVIEW

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ações diretas de controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/1999: caráter concreto, critério de relevância, omissão inconstitucional e ativismo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 317-335 – ISBN 978-65-5614-139-8.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, E. et al. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 823-860.

TAVARES, André Ramos. O STF e sua composição. **Boletim Informativo IBEC**, São Paulo, n. 1, jan.-mar. 2006. Disponível em: <<http://www.ibec.inf.br/article/articleview/37/1/21/>> Acesso em: 13/03/2006.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris / ANPR, 2010, p. 93-157.

Recebido em: 20/03/2023.

Aceito em: 27/04/2023.





## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

Gábor Attila Tóth<sup>1</sup>

Tradução: Emanuel de Melo Ferreira<sup>2</sup>

Auxílio na revisão das notas: Maria Eloiza Holanda Paiva<sup>3</sup>

#### Resumo

Após diversas ondas de democratização, um novo tipo de transformação constitucional tem se tornado o foco da atenção acadêmica. Alguns pesquisadores reivindicam que a atual erosão do constitucionalismo pode ser melhor compreendida como um fenômeno comparável às ditaduras do século XX. Muitos outros argumentam que ocorre nos dias atuais a própria autodestruição da democracia liberal através de procedimentos democráticos que respeitam aspectos formais do Estado de Direito. Este artigo busca contribuir para a compreensão desse novo sistema, oferecendo outra abordagem. Mostra-se que, num sentido normativo, a democracia é atualmente o único sistema constitucional legítimo. É por isso que um aspecto chave do autoritarismo contemporâneo, um sistema *sui generis* entre democracia constitucional e ditadura, é a simulação da democracia. O artigo sugere que mecanismos de simulação podem ser identificados com o auxílio de marcos constitucionais, os quais permitem uma distinção confiável entre democracia constitucional e autoritarismo. Marcos constitucionais podem ser revelados em dois níveis: primeiramente, através de uma consideração sistêmica do texto constitucional e da respectiva prática e, num segundo momento, através da exploração das profundas estruturas em torno das falsas justificações do sistema.

**Palavras-chave:** simulação da democracia; autoritarismo; interpretação constitucional; falsas justificações.

#### Abstract

After many waves of democratisation a new type of constitutional transformation has become the focus of scholarly attention. Some researchers claim that the current erosion of constitutionalism can be understood better if the phenomenon is compared to the twentieth century dictatorships. Many others argue that what is happening today is a self-destruction of liberal democracy through democratic procedures and under the formal rule of law. This article aims to contribute to the understanding of the new system, and offers another approach. It shows that in a normative sense democracy today is the only legitimate constitutional system. That is why a key attribute of contemporary authoritarianism, a *sui generis* system between constitutional democracy and dictatorship, is a pretence of democracy. The article suggests that mechanisms of pretence can be identified with the help of constitutional markers, which allow a reliable distinction between constitutional democracy and authoritarianism. Constitutional markers can be revealed on two levels: first, by a systematic account of the constitutional text and practice and second, by exploring the deep structure of the false justification of the system.

**Key-words:** pretence of democracy; authoritarianism; constitutional interpretation; false justification.

<sup>1</sup> Alexander von Humboldt Senior Fellow, Universidade Humboldt, Berlim, Alemanha.

<sup>2</sup> Professor Assistente da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN-Mossoró). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional (UFC). Especialista. Editor-Chefe da Revista Juridicidade Constitucional e Democracia. Procurador da República. Contato: [emanuelmelo@uern.br](mailto:emanuelmelo@uern.br).

<sup>3</sup> Graduanda do curso de Direito da UERN. Monitora de Filosofia do Direito (2022.2).

## 1. INTRODUÇÃO

“Nenhuma tirania é mais cruel que aquela praticada nas penumbras da lei e sob a cor da justiça – quando, por assim dizer, procede-se ao afogamento dos desafortunados na mesma prancha através da qual eles próprios haviam se salvado.” (MONTESQUIEU, 1999, p. 129) Nas “Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência”, Montesquieu expressa essa visão. Ele relembra uma antiga lei da República romana contra traição, sedição, má administração e outros atos cometidos contra o povo (*law of majesty*). Tibério apegou-se a tal lei e a aplicou, não para os casos os quais ela havia sido criada, mas para “tudo que pudesse servir ao seu ódio ou suspeita”, incluindo acusações de traição contra o imperador. Não somente as ações inseriram-se no escopo da lei, mas também palavras ou mesmo pensamentos. E, como ao “tirano nunca falta instrumento para a respectiva tirania”, Tibério utilizou os senadores como seus servos e encontrou juízes prontos para sentenciar pessoas inocentes.

Muito embora Montesquieu possa ser criticado no contexto dos seus equívocos ou imprecisões históricas, ele é considerado como um dos arquitetos do constitucionalismo moderno. O ensaio sobre os romanos foi escrito cerca de uma década antes do seu trabalho seminal, O Espírito das Leis. Encontramos neste último ensaio a primeira formulação acerca da ideia de separação de poderes. Poder político deve ser distribuído entre os principais poderes constitucionais (legislativo, executivo e judiciário), e eles devem manter controle recíproco. Este tipo de sistema constitucional é necessário para assegurar a liberdade política e prevenir o surgimento das “leis tirânicas” e a “execução das leis de um modo tirânico”. (MONTESQUIEU, 1989, p. 157) A teoria origina-se nos tratados de Locke e tem tido um grande impacto entre os profissionais que lidam com o Direito Constitucional bem como também entre os legisladores que criam as modernas constituições. Montesquieu mostra com clareza que a forma de governo considerada por ele como a fonte da grandeza de Roma é a república, onde o Senado e o Consul equilibram-se mutuamente. Ele ainda explica que a transformação do estado numa tirania de imperadores pertence à história em torno do declínio romano.

É razoável presumir que Montesquieu capturou a característica geral da transformação

autocrática? O autocrata emergente é mascarado pela aparência de submissão aos princípios jurídicos e regras. Ele age como se provesse o Estado com uma espécie de continuidade jurídica. Muito embora sistemas constitucionais contemporâneos tenham evoluído gradualmente a partir dos predecessores clássicos e medievais, neste artigo eu não busco traçar um paralelo entre eles. Meu objetivo é demonstrar como a aparência de democracia é um atributo chave do autoritarismo contemporâneo, compondo um sistema político entre democracia constitucional e ditadura.

Na primeira parte deste artigo (seções 2-4), ofereço uma análise conceitual e pontos metodológicos ao examinar as seguintes questões: qual é a atual compreensão descritiva e normativa da democracia como um sistema constitucional? Por que trabalhos acadêmicos apresentam divergentes compreensões em torno da nova variação da democracia constitucional? Quais são as raízes semânticas em torno da dificuldade terminológica? Na segunda parte (seções 5-7), argumento que o autoritarismo hodierno atua como se fosse democracia – além de razões semânticas gerais, este é a fonte especial das dificuldades de identificação. Introduzo os marcos constitucionais de primeira ordem como o nível mais fundamental e os marcos constitucionais de segunda ordem como as estruturas profundas de contrafação democráticas para desenhar uma distinção entre sistemas constitucionais democráticos e autoritários.

## **2. LEGITIMIDADE NORMATIVA: SISTEMAS CONSTITUCIONAIS MELHORES E PIORES**

Contrastando os governos moderados da república romana com os imperadores despóticos, a abordagem de Montesquieu é longe de ser original. Desde o início, teóricos da Constituição têm descrito e comparado diferentes formas de governo de acordo com aqueles que detém o poder soberano. De Aristóteles a Kant, presume-se que, no nível descritivo, há três formas possíveis tendo em vista que o poder público pode ser exercido por um, poucos ou muitos. Kant denomina como autocracia, quando exercido por um, como aristocracia, quando alguns se associam; e democracia, quando todos aqueles que constituem a sociedade possuem

o poder soberano. Ele os caracteriza, respectivamente, como poder do monarca, na nobreza ou do povo. (KANT, 1983, p. 107; 114)

Para além do nível descritivo, teóricos da Constituição também distinguem entre melhores ou piores, justas ou injustas formas de governo. A avaliação das constituições é baseada nas teorias da justiça dos próprios pensadores. Normalmente, dois tipos ideais são distinguidos neste nível normativo. Aristóteles argumentava acerca das constituições as quais previam que “as vantagens comuns são corretas e justas”, enquanto aquelas que buscam somente “a vantagem dos que governam são desviantes e injustas”, pois elas envolvem uma regra despótica, a qual é inapropriada para uma comunidade de pessoas livres. (ARISTÓTELES, 2009, p. 97-100) Para Kant, um governo é ainda republicano ou despótico. Republicanismo é o princípio político da separação do poder executivo (administração) do legislativo; despotismo é aquele no qual há execução autônoma pelo estado das leis as quais ele próprio editou. Desse modo, republicanismo significa governo representativo e limitado, enquanto no despotismo a vontade pública é administrada por aquele que governa de acordo com sua livre vontade.

Montesquieu, num sentido minimamente diferente, funde considerações descritivas e normativas sobre o governo. Ele sustenta que há três tipos: governo republicano, o qual pode tomar formas tanto democráticas como aristocráticas; monarquia e despotismo. Isso significa que ele distingue normativamente governos republicanos e monárquicos dos estados despóticos. As primeiras e segundas formas podem envolver estruturas institucionais moderadas e leis para controlar aqueles que governam, enquanto um déspota é uma única pessoa que “sozinha governa de acordo com seus caprichos e vontades”. (MONTESQUIEU, 1989, p. 21). Como resultado, o povo de um estado despótico vive em condições terríveis, e a força que move o sistema é o medo.

Apesar das variações, hoje podemos compreender estes tipos de compreensões normativas como antecedentes do nível normativo de legitimidade de Rawls, distinguindo da concepção sociológica e empírica de Weber. Como Dworkin sustenta, a legitimidade normativa de um governo depende de como ele adquiriu o respectivo poder e como este é usado. Quando a constituição e a performance de um governo podem ser justificadas por razões normativas,



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

podemos chamá-lo de governo legítimo. (DWORKIN, 2011, p. 321) Neste sentido, um governo em particular e um sistema constitucional em geral podem ser legítimos. Em síntese, há uma longa tradição acadêmica em distinguir correto e desviante, legítima e ilegítimas formas de governo.

Visualizando o âmbito do conceito de democracia nestas compreensões descritivas e normativas, a história da discussão teórica mostra que ela foi tipicamente preocupada com uma das três formas descritivas de governo onde o povo governa, ao invés de um monarca ou uma aristocracia. Além disso, antes do século dezenove, a compreensão normativa da democracia era na maior parte crítica. Aristóteles categorizava democracia como uma forma desviante do governo de muitos. As considerações normativas de Kant também encaminham a conclusão de que a democracia é “necessariamente um despotismo”, pois quando “todos”, os quais não são de fato todos, decidem sem restrições contra aquele que diverge, tem-se uma contradição com a liberdade. (KANT, 1983, p. 114-115)

No entanto, o caso da democracia, como uma forma de governo, tem se transformado radicalmente. Hoje há um acordo geral no sentido de que a democracia é o melhor ou mais legítimo sistema constitucional. Entendida como o auto-governo do povo, a democracia não possui rivais. Declarar que um sistema constitucional em geral ou um governo em particular é antidemocrático constitui automaticamente uma condenação. Hans Kelsen esclareceu há um século a correlação entre democracia e legitimidade: não é inerente à natureza da democracia que ela sempre será o melhor sistema de governo; pelo contrário, a questão é qual a melhor forma de governo e, hoje, a resposta é a democracia, mas esse não era o caso antigamente na história e nem será, necessariamente, no futuro. Há um consenso atual entre os acadêmicos que a democracia possui vantagens instrumentais sobre formas de governo rivais. (KELSEN, 2000, p. 84-109; MURPHY, 2014, p. 65-67) Talvez esta seja a relação a qual Churchill buscou expressar ao citar um desconhecido predecessor: “Tem-se dito que a democracia é a pior forma de Governo exceto por todas aquelas outras formas as quais tem sido tentadas de tempos em tempos”. (CHURCHILL, 1947)

No contexto histórico, autocracia pode ser caracterizada descritivamente como o poder de um governante como, por exemplo, um monarca. O que teóricos em momentos anteriores





## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

categorizavam como sistema ilegítimo era despotismo ou tirania, não necessariamente autocracia. Hoje, ao contrário, autocracia significa praticamente o mesmo que um injusto, pior ou ilegítimo sistema constitucional.

É importante destacar que Carl Schmitt, rival teórico de Kelsen, também admitia que a democracia é o único princípio disponível com base para uma constituição contemporânea. (SCHMITT, 2005, p. 50-52) O objetivo dele era conferir uma reinterpretação democrática ao conceito de soberania, tendo alcançado a conclusão de que democracia pode ser associada com uma ditadura em nome do povo. (SCHMITT, 1985, p. 30-32). Pode-se dizer que Schmitt confere uma resposta extraordinária para a questão da democracia, mas hoje há um consenso que a democracia e autocracia ou democracia e ditadura, uma palavra com linhagem similar, compõem não somente diferentes sistemas constitucionais mas também polos opostos. O tipo ideal em torno da democracia é o melhor sistema constitucional possível, enquanto a autocracia é o pior.

### 3. O VOCABULÁRIO EM TORNO DA NOVA TRANSITOLOGIA

Atualmente, mais da metade dos países no mundo estão longe do que se poderia considerar normativamente como corretas democracias constitucionais. Muitos deles estão sob governos autocráticos ou mesmo tirânicos. Um terço da população do globo nunca experimentou uma democracia constitucional no interior de uma sociedade livre e aberta. O mais alarmante é que, em contraste com as ondas pretéritas de democratização espalhadas pelo mundo, tendências populistas autocratas têm levado à desintegração das democracias (FREEDOM HOUSE, 2016; 2017; TÓTH, 2017a). Os casos da Rússia, Turquia, Hungria e Polónia (os dois últimos Membros da União Europeia) e muitos outros países resumem este fenômeno, onde o país em questão adota um processo de transformação constitucional o qual o move para cada vez mais longe, ao invés de o aproximar, de princípios democráticos. Países como Azerbaijão e Venezuela demonstram que, quando um executivo populista obtém poderes concentrados, uma constituição repaginada pode servir para aspirações antidemocráticas. Além disso, como a administração de Trump nos Estados Unidos demonstra, mesmo um sistema com uma longa



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

linhagem em torno de tradições democráticas não está necessariamente imune à erupção de ideias e práticas políticas autocratas.

Reagindo aos inquietantes desenvolvimentos constitucionais aliados com o declínio da liberdade global, uma nova escola de pensamento tem emergido, a qual pode ser denominada como nova transitologia. Em oposição às ondas anteriores de democratização (HUNTINGTON, 1991; RUSTOW, 1970), a nova transitologia examina transformações as quais, ao invés de se aproximar, afastam-se da democracia constitucional.

Acadêmicos encontram dificuldades quando buscam classificar o sistema emergente e seus equivalentes. O novo sistema ostensivamente ainda pertence à democracia constitucional, mas pode-se dizer que ele, na verdade, compõe uma ideia majoritária e não consensual; populista ao invés de elitista; iliberal contra o liberal; nacionalista em oposição ao cosmopolitismo; ou religioso ao invés de secular. Na teoria constitucional e na ciência política, há muitas expressões metafóricas sendo utilizadas. As tipologias podem ser alocadas em três grupos.

Em primeiro lugar, algumas tipologias buscam expressar que em algum sentido o novo sistema mescla características de dois sistemas opostos. Os termos mais disseminados são sistemas híbridos ou mistos. (KARL, 1995; BUNCE, WOLCHIK, 2011; DIAMOND, 2002) A pressuposição desse tipo de vocabulário é que dois tipos ideais podem ser distinguidos: democracia e autocracia. Esta tipologia foi criada para identificar os atributos centrais do novo sistema e revelar como ele combina, discutivelmente, alguns elementos da democracia constitucional (com eleições pluripartidárias, por um lado) com autocracia (com repressão política, no entanto).

O segundo grupo de escolhas terminológicas busca manter o novo sistema no interior do domínio da democracia. A formulação indica que, muito embora o novo sistema ainda pertença à democracia constitucional, não pode ser considerado como normal ou convencional. É importante destacar que um amplo número de qualificadores (adjetivos e substantivos) buscam capturar o fenômeno: democracia defeituosa (MERKEL, 2004; MERKEL E OUTROS, 2003), democracia iliberal (ZAKARIA, 1997), democracia populista (MUDDE, KALTWASSER, 2017, p. 179-94; MUDDE, KALTWASSER, 2013), democracia do líder

(KÖRÖSÉNYI, 2005) (ou *Führer-democracy*) (LENDVAI, 2017, p. 177-188). Similarmente, o conceito normativo de constitucionalismo também serve como uma base para identificação. Exemplos incluem constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013), constitucionalismo autoritário (TUSHNET, 2015), constitucionalismo populista (LANDAU, 2018). O conceito de legalismo autocrático (CORRALES, 2015; SCHEPPELE, 2018) também pertence a tal categoria pois o adjetivo “autocrático” muda significativamente o sentido do conceito normativo de legalismo.

Em terceiro lugar, alguns autores escolhem o autoritarismo como palavra-chave em oposição ao sentido de democracia, constitucionalismo, ou legalismo e acrescentam-lhe um adjetivo: semi-autoritarismo (OTTAWAY, 2003), autoritarismo competitivo (LEVITSKY, WAY, 2002, p. 51; LEVITSKY, WAY, 2010), autoritarismo eleitoral (SCHEDLER, 2006; 2013) ou autoritarismo furtivo (VAROL, 2015). Esta solução representa a visão de que o novo sistema político é distinto das formas convencionais de autoritarismo. Ao invés disso, é situado na periferia do autoritarismo tendo em vista suas características mais ou menos democráticas, com competição pluripartidária e eleições populares, por exemplo.

Acadêmicos analisam e propõem denominações para mudanças constitucionais, e estas normalmente ocorrem com manipulação política. O perigo é que acadêmicos estejam caminhando para tal armadilha. Considere-se a Rússia. A respectiva Constituição de 1933 declara que a Federação Russa é um “Estado democrático”, com uma “forma de governo republicana”. O Presidente, eleito pelos cidadãos da Rússia, “deve ser o garantidor da Constituição, dos direitos e liberdade dos homens e dos cidadãos”, conforme artigos 1º. e 80.2. (RUSSIA, 1933). O texto original prescrevia um mandato de quatro anos com uma reeleição sucessiva no máximo. A modificação de 2008 estendeu o mandato para 6 anos. A proposta foi introduzida pelo Presidente Medvedev, o qual substituiu o Presidente Putin naquele ano. Observando a segurança jurídica, a mudança não se aplicou retroativamente, não tendo afetado o mandato do então presidente. No entanto, analistas previram que a nova lei, idealizada por Vladislav Surkov, o principal ideólogo do Kremlin, poderia ser um sinal do retorno de Putin como Chefe de Estado. A previsão provou-se realista: as emendas constitucionais, juntamente com a interpretação da regra da reeleição, já garantiram a Putin oito e mais 12 anos como

Presidente da Rússia, tendo ainda atuado como primeiro-ministro nesse ínterim.

Uma correlação clara pode ser demonstrada entre a estabilização do poder presidencial e o disseminado uso de duas auto-denominadas categorias, “democracia guiada ou “gerenciada” (em Russo: управляемая демократия) (TSYGANKOV, 2014, p. 130-140) e “democracia soberana”, derivada de Surkov (VAN HERPEN, 2014, p. 57; KURYLO, 2016, p. 4). Aquele termo busca referir-se à estabilidade política e às reformas econômicas bem-sucedidas, enquanto este é destinado a enfatizar o fato de que na Rússia as decisões políticas são controladas pela Nação russa, eis que a vontade da maioria dos cidadãos importa mais que aquela proveniente de organizações internacionais ou estrangeiras.

Notavelmente, as palavras “gerenciada” e “soberana”, combinadas com “democracia” apresentam conotações positivas. Elas podem chamar atenção para sinais constitucionais e sociais favoráveis num sentido propagandístico. Ao mesmo tempo, estes termos tornam-se parte do vocabulário de analistas e comentadores. Os termos, como poder-se-ia esperar, são usados em discussões acadêmicas sem conotações positivas. Por exemplo, o sentido alterado de “democracia gerenciada” é, dentre outros, que cidadãos possuem direitos políticos mas não podem influenciar, de modo algum, nos assuntos do Estado. Democracia é onde as autoridades organizam as eleições; democracia gerenciada é onde as autoridades organizam as eleições e resultados. Diante disso, a terminologia acadêmica, emprestada do ideólogo do regime, é neutra quando oposta aos termos cotidianos que expressam desaprovação<sup>4</sup>. No entanto, o problema permanece no sentido de que o vocabulário acadêmico ainda ecoa a propaganda enganosa do sistema constitucional analisado.

Como podemos lidar com esta dificuldade conceitual? Parece claro que o assunto em torno da nova transitologia é um desvio do padrão aceito pelo sistema constitucional. Entretanto, não há consenso entre os acadêmicos sobre os termos e vocabulário descrevendo o novo fenômeno constitucional. É quase impossível alcançar tal consenso. Acadêmicos precisam aceitar que, no campo na nova transitologia, tipologias alternativas estão disponíveis. Como

<sup>4</sup> Veja-se, por exemplo a expressão: Имитационная демократия, декоративная демократия, манипулируемая демократия, квазидемократия, псевдодемократия.



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

János Kornai sustenta “nenhum único paradigma, sistema de conceitos ou única tipologia pode reivindicar o monopólio em resolver todos os problemas” (KORNAI, 2017, p. 290). No entanto, talvez um exame acerca das raízes semânticas da dificuldade terminológica pode nos ajudar a melhor compreender os desvios antidemocráticos em si mesmos.

#### 4. AS CAUSAS DA DIFICULDADE

Em seguida, identifico alguns componentes principais da dificuldade causada pelo novo fenômeno constitucional. A primeira razão para o vocabulário diverso é a compreensão de que sistemas transitórios entre democracia e autocracia pertencem a uma imensa zona de ambiguidades. Mesmo se houvesse um consenso entre acadêmicos sobre os tipos ideais ou claros casos padrões em torno da democracia e autocracia, para além deles há controversos casos periféricos onde o caráter democrático ou não democrático do regime é uma questão que desperta prolongada controvérsia. A explicação para tal dificuldade classificatória pode ser encontrada no trabalho seminal de Herbert Hart, o Conceito de Direito. Ele esclarece por que profissionais podem experimentar hesitação em torno desses casos questionáveis ou desafiadores. Examinando a complexidade de termos como “direito” e “sistema jurídico”, ele chama atenção para uma distinção entre casos padrões e periféricos a qual deve ser efetivada em relação a “quase todo termo geral o qual usamos na classificação de características da vida humana e do mundo” (HART, 1994, p. 4). Ele identifica dois tipos de complicações.

Uma dificuldade típica, como Hart explica, consiste em que, frequentemente, a distinção não é polar, mas sim gradual. No sentido do exemplo de Hart, um homem com um brilhante couro cabeludo é, obviamente, careca; outro, com um cabelo volumoso, evidentemente não é; mas a questão acerca de se um terceiro homem, com um pouco de cabelo aqui e ali, pertence ao grupo das pessoas carecas pode gerar um debate infundável. O conceito de calvície, portanto, não é facilmente quantificável; ao invés disso, é uma questão de grau. Algo similar pode ser dito sobre conceitos como legitimidade, democracia, e outros princípios constitucionais como seus respectivos opostos, tais como autocracia. Nenhum sistema em geral ou estado em particular é inteiramente justo, legítimo, democrático, mas muitos sistemas e estados podem





## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

satisfazer razoavelmente muitas destas condições democráticas. Há claramente democracias avançadas e maduras e outras não democráticas, mas podemos encontrar também casos periféricos, por exemplo, emergentes ou em desenvolvimento, em declínio ou defeituosas democracias. O desvio do caso central dos sistemas é qualitativo, tornando a classificação deles questionável. Em síntese, uma rígida divisão bipolar da democracia e ditadura parece não funcionar.

Hart também argumenta que frequentemente um desvio do caso central ou paradigmático surge quando ao caso aparentemente desafiado falta um ou mais elementos distintivos, os quais são considerados partes necessárias do caso central. Quais elementos fazem um veículo? “Veículo” inclui bicicleta?, indaga Hart (HART, 1994, p. 4; 126). Democracia e outros conceitos jurídicos abstratos também possuem partes constitutivas. Acadêmicos discordam se um ou outro elemento é essencial para o respectivo caráter da democracia ou se é algo meramente contingencial.

Naturalmente, há elementos centrais – ou, na expressão de Hart, uma “descrição esquemática”<sup>5</sup> – em torno das características salientes das categorias. Hoje parece indisputável que numa democracia o povo compõe e fonte do poder. Também é amplamente aceito que sistemas pluripartidários, eleições regulares, sufrágio igual e universal pertence aos elementos centrais ou à “descrição esquemática” da democracia. Para além desse núcleo, entretanto, encontramos, talvez inadvertidamente, ambiguidades. Por exemplo, a questão surge de tempos em tempos acerca de se a proteção dos direitos das minorias e o controle de constitucionalidade são aspectos inseparáveis o caso central da democracia ou unicamente aprimoram a qualidade desta; ou num sentido contrário, se a democracia deve ser comprometida em assegurar tais valores. Em outras palavras, a aceitação dos direitos das minorias e o controle de constitucionalidade compõe uma concessão entre o caso central da democracia e outros princípios constitucionais? Tais disputas podem forçar os acadêmicos a refletir acerca da

---

<sup>5</sup> Nota do tradutor: “skeleton account”, no original. A tradução como “descrição esquemática” é a utilizada tanto na versão brasileira como portuguesa da obra de Hart. HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 6; HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 3ª. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 9.

composição do caso central.

Em segundo lugar, o objeto da controvérsia tem um caráter dinâmico. O desvio do padrão aceito de democracia, o qual pode ser denominado como “degradação” (DIAMOND, 2015), “degenerescência” (GINSBURG, HUQ, 2015) ou “retrocesso populista inconstitucional” (SADURSKI, 2018a), é amplamente dependente do tempo e espaço. Parece óbvio que vereditos podem diferenciar significativamente quando estudos não avaliam o mesmo período específico num processo de mudança. Trabalhos comparativos baseados em métodos indutivos são particularmente vulneráveis aos resultados inconclusivos. Quais países são levados em consideração? Em qual período? Por conta do caráter dinâmico da transformação do sistema uma descoberta convincente pode ser invalidada por relativamente rápidas transformações. Pode ser facilmente o caso de um país que, ao tempo da primeira análise, contasse como uma democracia defeituosa, mas as circunstâncias mudam dinamicamente e, logo ao tempo da próxima análise, acabasse tendo se tornado uma autocracia.

Imagine, por exemplo, o processo de ranqueamento da *Freedom House*. Ele cria categorias – Estado de Direito, processo eleitoral, participação política, forma de governo, direitos fundamentais, sociedade civil – avaliados como entidades separadas. Os resultados são pesados de acordo com a importância das diferentes categorias; em seguida, avaliações são agregadas; e, finalmente, o status do país – livre, parcialmente livre, não livre – é calculado de acordo com a combinação média das avaliações. (FREEDOM HOUSE, 2016; 2017) Muito embora o processo de avaliação componha indubitavelmente uma análise informativa, em si mesmo não pode explicar quando ou por que a democracia se encerra e onde inicia a autocracia, nem revela a dinâmica da transformação.

Essa consideração pode encaminhar a terceira explicação para a diversidade de termos identificando o novo fenômeno constitucional. O trabalho dos acadêmicos não é somente um projeto conceitual ou descritivo em torno da compreensão da democracia, tirania, e transição de um para outro, eis que também apresenta aspecto avaliativo. Aqui não quero dizer que são utilizadas expressões subjetivas para classificar os próprios líderes políticos do regime. Naturalmente, autocratas não buscam descrever neutralmente a natureza do próprio regime, sendo econômicos com a verdade, avaliam positivamente as próprias conquistas ao selecionar



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

o respectivo vocabulário. O que sustento é que o trabalho dos acadêmicos não é neutro quando se trata de desacordo político. Acadêmicos os quais caracterizam um país como democracia e outro como autocracia ou ditadura avaliam inevitavelmente práticas constitucionais.

Vamos retornar por um momento ao desacordo acerca de se a democracia significa regra da maioria. Alguns argumentam que o sistema no qual a maioria leva tudo é, por definição, democrático, enquanto outros insistem que ele é não somente injusto, mas também não democrático. Como acadêmicos podem identificar a própria definição de democracia ou autocracia? Muitos tipos de estudos conceituais e empíricos têm lidado com manifestações de governo não-democráticos. Muitos têm adotado uma abordagem comparativa e uma variedade de conjunto de informações tem se tornado disponível para acadêmicos constitucionais e políticos. Não há consenso, entretanto, acerca do critério conceitual para distinguir democracia constitucional de outros sistemas. Cruciais como são os estudos empíricos, eles não são completamente satisfatórios. Não encontramos consenso acadêmico convincente nem dados estatísticos, históricos ou comparativos conclusivos. Novamente, o significado de democracia é “essencialmente contestável” (GALLIE, 1956). Embora ninguém rejeite a ideia de que a democracia, como um princípio constitucional, é de grande importância, há constante desacordo sobre qual significado de tal princípio melhor se adequa e perfaz aquela importância. Para além do próprio núcleo, o conceito de democracia não é governado por critérios padrões determinando formas corretas e desviantes de sistemas constitucionais.

Práticas do passado e do presente também são diversas, logo generalizações empíricas não auxiliam muito. A compreensão da democracia contemporânea, digamos, em países da Escandinávia, é obviamente diferente das cidades-estado da Grécia antiga ou da América do século XVIII. E, mesmo se, como resultado de um estudo comparativo, acadêmicos coletassem dados informativos sobre as características padrões ou típicas das democracias contemporâneas, eles ainda encontrarão uma distinção justificável entre características essenciais e não essenciais. Consequentemente, o projeto não é somente descritivo, mas necessariamente normativo. Como Dworkin sustenta: “sentido descritivo não pode ser retirado da força avaliativa porque aquele depende do último.” (DWORKIN, 2004, p. 9) Logo, análise sistemáticas combinando métodos empíricos-descritivos e comparativos com uma abordagem

normativa e interpretativa ao constitucionalismo podem oferecer resultados mais convincentes. O limiar depende não somente do ranqueamento mas também na justificação acerca de se um dado sistema constitucional ainda conta como democracia ou não.

## 5. O NOVO AUTORITARISMO: A SIMULAÇÃO DA DEMOCRACIA

Comparando com seus predecessores despóticos ou tirânicos, a autocracia moderna é um fenômeno multifacetado. Sistemas constitucionais autocráticos variam em termos de fundamentos políticos e características jurídicas. As raízes da dificuldade terminológica também revelam que não é aconselhável utilizar uma metodologia polar. Pode ser razoável assumir que o novo fenômeno localizado na área periférica entre dois polos apostos, democracia e autocracia, constitui um sistema *sui generis*. Se isso for verdade, o vocabulário de Juan José Linz, o eminente cientista político, pode ser útil. Ele sugere que considerações acerca dos sistemas institucionais contemporâneos diferenciam democracia da autocracia; no interior deste, a diferença pode ser traçada entre sistemas autoritários e totalitários. (LINZ, 2000)

Em contraste com o aspecto majoritário, assumo uma complexa definição de democracia. Como conceito normativo, ela pode ser classificada como democracia liberal e democracia constitucional, duas perspectivas a partir das quais a mesma entidade pode ser abordada. (KIS, 2003, p. ix-x) Nesse contexto, a expressão democracia liberal coloca ênfase num conjunto de valores e princípios: liberdade, igualdade, autonomia, autogoverno coletivo, iguais direitos de participação na tomada de decisão política.

No que concerne às preferências institucionais, a democracia constitucional tipicamente indica que a constituição, como norma jurídica, desfruta do maior nível tanto procedimental como substancial; livres e justas eleições são levadas a cabo periodicamente; representantes eleitos do povo fazem as leis; poderes governamentais são restringidos; instituições judiciais garantem os direitos fundamentais.

Compreendo a autocracia, como amplo termo normativo, como uma autoridade governamental arbitrária ou, tipicamente, poderes arbitrários para um único governante, o qual não é constrangido por normas jurídicas, controles institucionais, ou a vontade dos cidadãos no

momento da votação. A característica comum entre estados autocráticos é a garantia da obediência a uma autoridade central às custas das liberdades pessoais, Estado de Direito e outros valores e princípios. Em outras palavras, autocracia pode ser caracterizada por deficiências crônicas: pouco pluralismo político, instituições democráticas ausentes ou inadequadas, direitos fundamentais ineficazes ou simplesmente negados, ausência ou déficit de controle recíproco entre os Poderes e opressão às organizações não governamentais<sup>6</sup>.

Contrastando com os princípios da democracia, autocracia prefere tanto valores rivais como uma ideologia oficial (por exemplo, comunismo nas constituições dos sistemas ao estilo Soviético) ou normas convencionais de uma certa religião (por exemplo, na Constituição do Egito, tem-se que “os princípios da Sharia Islâmica são a principal fonte da legislação”), ou tomadas de decisão baseadas no pragmatismo (por exemplo, a burocracia nos sistemas militares).

No que concerne às preferências institucionais, nos sistemas autocráticos contemporâneos, o executivo de fato ou de direito é favorecido tipicamente com competências ilimitadas e indefinidas, seja pelo texto constitucional ou num sentido não escrito.

O século XX fez surgir o totalitarismo, um novo tipo de autocracia, tanto na Alemanha Nazista como na União Soviética de Stalin. Identificar um sistema totalitário pode ser algo direto: um governante com poder absoluto, coerção imposta pela violência, forte ideologia mobilizadora, as pessoas totalmente subservientes ao estado, um sistema de partido único e militarizado (ARENDDT, 2004); enquanto o autoritarismo, uma forma *sui generis* e mais fraca de autocracia, pode ser mais difícil de distinguir de formas mais frágeis de democracia. Por quê? Nas seções anteriores, relembrei algumas razões semânticas gerais a fim de melhor compreender as dificuldades do vocabulário da nova transitologia. Aqui ofereço uma resposta mais ampla especificamente ao novo fenômeno constitucional.

Eu denomino como a simulação da democracia o atributo chave do novo sistema autoritário o qual gera dificuldades na identificação deste. Considerando que hoje somente a democracia conta como sistema constitucional legítimo, a nova característica mais saliente

---

<sup>6</sup> Esta abordagem é levemente diversa daquela presente no texto Autoritarismo (TÓTH, 2017b).





## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

consiste em que o autoritarismo deve atuar como se fosse uma democracia.

Simulação significa, inicialmente, que mudanças jurídicas da democracia para autocracia são pacíficas e coordenadas. Em oposição aos autocratas tradicionais que assassinavam ou suprimiam violentamente opositores, prendiam jornalistas, suspendiam legislação e aboliam cortes, autocratas populistas contemporâneos ganham poder pacificamente e se legitimam através de eleições pluripartidárias e referendos.

Relembre-se o caso típico da República de Weimar comprovando que democracia pode se tornar numa ditadura diante de circunstâncias desfavoráveis. Examinando causas extrajurídicas, muitas similaridades entre os antigos e novos tipos de mudanças autocráticas podem ser detectadas. Declínio econômico (a Grande Depressão de 1930, a crise financeira de 2008), ameaças internas em torno do extremismo político e falhas na cooperação entre partidos políticos moderados tipicamente têm seu papel na queda da democracia constitucional. A diferença crucial entre as mudanças de regime tradicionais e as novas é que Hitler não ganhou poder democrática ou pacificamente. Como resultado das últimas eleições livres e justas (Novembro de 1932) ele não pode formar um governo porque o Partido Nazista alcançou ainda menos lugares no *Reichtag*. As últimas eleições pluripartidárias antes da guerra (Março de 1933) foram longe de ser justas e democráticas porque as organizações paramilitares nazistas praticavam violência e causavam medo extremo pelo país, atos orquestrados pelo recém nomeado Chanceler, Hitler. Apesar da repressão, os Nazistas novamente falharam em obter a maioria absoluta, sendo que o que se seguiu nos meses seguintes foi uma pura ditadura. No novo modelo, ao contrário, toda a transformação constitucional é tipicamente um processo longo, sendo que o primeiro momento decisivo são as eleições livres, democráticas e justas. Discutivelmente, o que as pessoas querem, as pessoas alcançam.

Em segundo lugar, o novo tipo de sistema comporta-se como se fosse uma democracia constitucional. (TÓTH, 2017a; 2017b) Muito embora autoritários contemporâneos não tenham desistido de utilizar totalmente os mecanismos de seus antecessores, autoritarismo tem passado por modificações. Em outras palavras, no contexto do pseudo-constitucionalismo, ele reivindica permanecer no âmbito dos princípios democráticos. No início do século XXI, muitos autoritários são líderes eleitos os quais adotam constituições e leis que aparentemente



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

correspondem aos sistemas jurídicos de países democráticos. Em torno de 80% das autocracias apresentam legislação com eleições periódicas e pluripartidárias. É por isso que tendências antidemocráticas são mais difíceis de descobrir e acessar propriamente.

O contraexemplo mais extremo pode ser Hitler, o qual, antes de ampliar o poder (*Machtergreifung*), repetidamente denunciou o princípio igualitário da democracia bem como o sistema constitucional pluripartidário, associando-os com “internacionalismo”, “bolchevismo” e “conspiração judaica”. Após a ampliação de seu poder, a hostilidade com o constitucionalismo democrático foi formalizada, dentre outros meios, através do ato de habilitação (*Ermächtigungsgesetz*), banimento de partidos, dissolução do *Reichstag*, suspensão das liberdades políticas, totalitarismo, prisões em massa, assassinatos extrajudiciais e genocídio.

Ditaduras clássicas (de partido único ou dominante, forte repressão política, censura, forte ideologia mobilizadora, etc) como a Coreia do Norte, Arabia Saudita ou, em alguma medida, China, são excepcionais hoje em dia. O caso típico consiste em que eleições regulares são organizadas, leis são adotadas por um parlamento pluripartidário, instituições de controle constitucionais permanecem em atividade, proibições flagrantes ou censura não são experimentadas todo dia. Além disso, o novo sistema proclama que pode reduzir os problemas permanentes dos governos limitados ao aplicar o princípio democrático em torno da regra da maioria. Quando o vencedor realmente leva tudo, uma democracia ostensivamente melhor é produzida, quando comparada com seus modelos rivais predecessores.

A simulação da democracia tem naturalmente seus predecessores. Um exemplo bem conhecido é o tipo soviético de autocracia, o qual era denominado “democracia popular”, em oposição à menos avançada e falsa “democracia burguesa”. (veja-se, ainda, a “República Democrática Alemã”) No entanto, tal sistema é caracterizado por uma estrutura de partido único (por exemplo, Romênia e Hungria) ou uma estrutura de partido dominante (por exemplo, Tchecoslováquia, República Democrática Alemã ou Polônia) sem a possibilidade de eleições competitivas. Permite-se que cidadãos com direitos políticos votem, mas somente em candidatos do partido dominante ou constantes na lista elaborada por este. É por isso que “eleições sem escolha” compõe uma das expressões mais compactas do modelo soviético.



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

Autoritarismo contemporâneo, no entanto, distingue-se com sucesso de tal modelo e de outros obsoletos maquinários da tirania.

É crucial para esta compreensão que a definição complexa de democracia nos ajude a identificar o autoritarismo como uma simulação da democracia. Um argumento mais geral e outro mais específico podem ser sustentados. No caso mais geral e famoso, a partir da formulação de Dworkin, rejeita-se a ideia de que a democracia corresponde unicamente à regra da maioria. Ele argumenta que uma decisão majoritária pura não apresenta valor intrínseco, não concretiza a igualdade nem traz melhores consequências para a sociedade. Além disso, Dworkin rejeita a reivindicação de que a regra da maioria corresponde à melhor realização da igualdade política. (DWORKIN, 1996, p. 15-35; DWORKIN, 2012, p. 25-34) Carl Schmitt também questionou notavelmente se o poder do povo é identificado com a vontade da maioria. Mas, ao contrário das reivindicações igualitárias, ele acreditou que um ditador decente pode ser um legítimo representante da vontade popular. (SCHMITT, 2014, p. 112-131; SCHMITT, 1985, p. 28-32) O único ponto em comum na rejeição ao princípio majoritário por parte de ambos é que a democracia não é uma questão matemática, mas uma questão de status. Democracia como um conceito igualitário significa que a vida e a dignidade de cada pessoa importam de modo igual, e a voz e voto de cada pessoa são contados igualmente. Em resumo, a versão forte do argumento insiste que a democracia, compreendida como governo do povo, tem pouca relação com a regra da maioria. Se esta conclusão não estiver equivocada, o novo apelo do autoritarismo pela regra da maioria falha, pois a ideia de que o povo obtém o que a maioria quer, enquanto o restante da sociedade realmente não importa, não é justificado.

Mas vamos assumir por um momento que a regra da maioria é baseada em boas razões. Um argumento mais específico indica que mesmo se nos tomamos uma concepção majoritária de democracia, autoritarismo falha em adimplir tal critério. Talvez todos concordem que justas e livres eleições populares são o pré-requisito para a concretização da regra da maioria. Logo, em primeiro lugar, tem-se que tal regra inclui alguns direitos procedimentais. Parece também amplamente aceito que não há eleições livres e justas sem órgãos eleitorais imparciais e um controle judicial independente acerca da decisão formal deles. Logo, em segundo lugar, a regra da maioria também inclui garantias institucionais. Além disso, não há eleições livres sem um

discurso público permanente e apaixonado e sem atividade política. Assim, em terceiro lugar, um conjunto de direitos, da liberdade de expressão e de imprensa aos direitos personalíssimos, também são condições necessárias da regra da maioria. Em outras palavras: mesmo no interior do paradigma majoritário há mecanismos constitucionais atuando para governar a formação de uma legitimidade normativa da regra da maioria. Em síntese, o novo tipo de autoritarismo é uma simulação da democracia majoritária. Se este argumento estiver correto, o conceito de simulação da democracia também sugere que, no nível descritivo, não há diferença relevante entre democracias constitucionais e o novo tipo de autoritarismo. O que importa é a diferença normativa entre eles.

Para sumarizar, embora o autoritarismo possa ser visto como um sistema transitório emergindo tipicamente da crise profunda da democracia e ostentando uma tendência para a ditadura, considero que ele seja um sistema político-constitucional do seu próprio tipo, entre democracia constitucional e formas fortes de autocracia. Por um lado, em que pese os autoritários não terem completamente abandonado os objetivos e métodos dos seus antecessores, o autoritarismo tem passado por reinvenções recentemente. Logo, não é simplesmente uma repetição da história. (ALBRIGHT, 2018; DIAMOND, 2016; LEVITSKY, ZIBLATT, 2018) Por outro lado, na medida em que autoritarismo finge ser uma democracia constitucional, é enganoso caracterizá-lo com os termos normativos da democracia, constitucionalismo, Estado de Direito, eleições competitivas e assim por diante.

## **6. MARCOS DE PRIMEIRA ORDEM DO AUTORITARISMO**

O próximo passo rumo à conclusão de que o atributo chave do novo autoritarismo é a simulação da democracia requer uma consideração acerca dos elementos essenciais desta simulação. A reivindicação é que a simulação da democracia, a qual corresponde ao novo autoritarismo, pode ser identificado ao revelar-se os marcos constitucionais os quais permitem uma distinção confiável entre normas e práticas democráticas e autoritárias. É importante destacar que os marcos constitucionais podem caracterizar um sistema autoritário somente quando eles formam um sistema ao se constituírem como padrões constantes, ao invés de

surgirem somente de modo esporádico. Neste artigo eu diferencio entre os marcos de primeira e de segunda ordem.

Marcos constitucionais de primeira ordem são aqueles presentes no nível mais fundamental ou primário de análise. Eles podem ser detectados tanto em normas ou práticas constitucionais do sistema autoritário. Em seguida, ofereço uma lista com os mais destacados marcos de primeira ordem do autoritarismo.

### 6.1 Pseudo-constituição

Como parte da simulação, os textos constitucionais em sistemas autoritários não são normalmente diferentes daqueles encontrados em democracias constitucionais. A dificuldade, entretanto, é que constituições autoritárias não seguem um padrão regular. Em alguns países, o processo de criação da constituição inicia-se cedo. Bons exemplos disso podem ser as rápidas edições das constituições da Venezuela e Equador ou a Lei Fundamental da Hungria. O caso da Turquia é um exemplo de um método alternativo: a Constituição tem sido emendada diversas vezes até transformar o sistema gradual e completamente. Em outros casos, são as práticas políticas, ao invés de modificações constitucionais, que fazem a diferença. Por exemplo, a Constituição russa de 1933 não é fundamentalmente diferente da francesa de 1958 na qual a forma presidencial de governo foi adotada; no entanto, aquela funciona de modo inteiramente diverso. Em casos excepcionais, nada mudou no nível constitucional. Na Polônia, um sistema autoritário em construção, o partido dominante não ostenta uma maioria qualificada; logo, não consegue abolir a Constituição ou adotar uma nova de acordo com as regras de mudança constitucional. Pode-se dizer, no entanto, que a Constituição da Polônia é letra morta ou inválida de fato, já que é sistematicamente desconsiderada pelas leis ordinárias. (SADURSKI, 2018b)

Talvez a única característica comum nas constituições autoritárias é que elas não servem como referências normativas. Loewenstein denomina como constituição normativa aquilo que é real, vivo, eficaz, garantido juridicamente, “governando de fato a dinâmica do processo de poder ao invés de ser governada por ele”. (LOEWENSTEIN, 1957, p. 148-149) Neste sentido,



uma constituição normativa é o último controle jurídico sobre o processo político. Este conceito é equivalente à “constituição garantista” de Sartori, a qual coloca um obstáculo no caminho do poder governamental arbitrário e garante o poder limitado. (SARTORI, 1962, p. 861) Atualmente, Dieter Grimm denominada “uma conquista do constitucionalismo” quando constituições excluem qualquer poder absoluto ou arbitrário do homem sobre o homem. (GRIMM, 2002, p. 104; GINSBURG, SIMPSON, 2014).

Em contraste com a constituição normativa, a constituição autoritária hodierna é uma combinação de um descritivo “mapa dos poderes políticos” (BARENDT, 1998, p. 6) e uma “fachada” constitucional. (SARTORI, 1962, p. 861) Denomino-a como uma pseudo-constituição.

Como uma predecessora das contemporâneas pseudo-constituições, podemos considerar a constituição semântica de Loewenstein. É uma mera descrição do sistema governamental: nas palavras do autor:

(ela) não é nada mais que a formalização da alocação política do poder em benefício exclusivo dos atuais governantes... ao invés de servir para a limitação do poder político, ela se torna a ferramenta para estabilização e perpetuação o controle da comunidade por parte daqueles que detém o poder de fato. (LOEWENSTEIN, 1957, p. 149-150)

A constituição semântica é, portanto, um instrumento “honesto”, mas um meio a partir do qual o governo autocrata mascara seu real caráter. Loewenstein viu na Constituição da União Soviética um caso claro de constituição semântica.

Sartori identifica outro tipo de constituição falsa, a qual ele denominada “constituição de fachada”. Ela parece ser uma constituição real e compatível com os valores e princípios do constitucionalismo normativo a partir de controle recíproco entre os poderes às eleições pluripartidárias, estas características são atacadas, eis que “suas garantias essenciais são desconsideradas”. No que concerne aos direitos de liberdade e igualdade, eles são letra morta. (SARTORI, 1962, p. 861)

Nas pseudo-constituições do autoritarismo contemporâneo, uma sobreposição significativa entre componentes das constituições semânticas e de fachada. Elas são em parte descritivas e em parte uma farsa. Considere-se a Lei Fundamental da Hungria. Por um lado, ela

descreve instituições representativas, executivas e judiciais, provendo informações acerca do comprometimento não secular do estado e dos atos não passíveis de asilo. Por outro lado, ela basicamente apresenta uma fachada ao proclamar que o estado é democrático e de direito, o governo respeita direitos humanos e nenhuma atividade deve ter por objetivo, exclusivamente, a posse de poder. (TÓTH, 2012)

Autoritários adotam pseudo-constituições porque hoje as constituições são globalmente aprovadas como um padrão para legitimação. No entanto, o texto de uma pseudo-constituição é tipicamente inconclusivo porque algumas partes são eficazes somente num sentido descritivo, enquanto outras são sistematicamente desconsideradas. Em outras palavras, a tais constituições falta relevância normativa pois todos os poderes políticos residem com o líder do partido dominante. Por esta razão, para compreender como o sistema autoritário é realmente governado, a respectiva prática de fato deve ser examinada, para além da mera leitura do texto constitucional.

## **6.2 Práticas hegemônicas de votação**

Sistemas autoritários mantêm constitucionalmente as eleições pluripartidárias e conferem espaço para as atividades e movimentos da oposição. O que os faz distintos é que a eleição é gerenciada ou administrada para negar que os candidatos de oposição tenham uma chance justa. Normas jurídicas e práticas garantem a dominação do partido do governo. Tal agremiação pode desfrutar de vantagens indevidas tendo em vista mudanças casuísticas no direito eleitoral, sufrágio desigual, manipulação dos distritos eleitorais, restrição nas regulações de campanha, ausência de controle independente sobre o processo eleitoral e cobertura tendenciosa da mídia, a qual obscurece a separação entre partido político e o estado (por exemplo, na Hungria). Modificações nas leis de identificação e registro dos eleitores podem resultar, de fato, em restrição de direitos (por exemplo, Zimbábue sob o Presidente Mugabe). As leis eleitorais podem promover injustamente votos em contexto de diáspora (por exemplo, no Senegal) ou impedir os direitos políticos dos que emigram (por exemplo, a Venezuela de Chaves). Mesmo vitórias por ampla maioria de votos para os líderes autoritários, ou respectivos



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

partidos, podem ser atribuídas a um conjunto de instrumentos a disposição dos candidatos, tais como manipulação do público pela mídia (por exemplo, Hungria, Rússia e Turquia) ou atrasos estratégicos no cronograma eleitoral (Líbano, por exemplo).

#### 6.3 Falsificação de controles recíprocos

Autoritarismo contemporâneo mantém um completo conjunto de instituições associadas com a democracia constitucional, ainda sim aqueles servem como uma fachada de representação e como instrumento para imposição autoritária. (SCHEDLER, 2013, p. 54-61) Muito embora estruturas constitucionais de estados autoritários inevitavelmente consistam em três partes centrais – os Poderes legislativo, executivo e judiciário – eles não são fundados em princípios em torno do controle recíproco.

As instituições previstas na organização constitucional do judiciário não são abolidas, como os autocratas clássicos fariam, mas neutralizadas através de meios aparentemente democráticos (a única exceção é Quirguistão, onde a Corte Constitucional foi abolida com a adoção da Constituição de 2010, quando alguns de seus poderes foram transferidos para a Suprema Corte). Na prática, a regulação constitucional e/ou legal, bem como convenções constitucionais, acabam sendo “reformadas” por uma maioria legislativa. Os resultados são modificações políticas sobre a composição pessoal da Corte (“*court packing*”), a competência, independência institucional e financeira da corte constitucional em questão. Por exemplo, é precisamente como a Corte Constitucional da Polônia e Hungria tornaram-se inefetivas. Nesse sentido, decisões dos juízes constitucionais, indicados de acordo com a vontade do líder autoritário, podem contribuir para o fortalecimento do sistema. Como a declaração de Valery Zorkin, membro da Corte Constitucional Russa demonstra, tribunais alterados, mas não abolidos podem servir como instrumento para imposição autoritária. Vladimir Putin, então, desencadeou uma revisão constitucional para auxiliar na centralização e consolidação do seu poder autoritário. Além disso, autoritários normalmente toleram certos julgamentos dolorosos para construir a fachada de constitucionalismo, uma vez que o judiciário não ameaça o núcleo da arquitetura institucional autoritária (como foi o caso com o judiciário do Egito sob o

Presidente Mubarak). Invariavelmente, o objetivo por trás dessas mudanças constitucionais é salvaguardar e promover os interesses de uma força política particular sem controles constitucionais. (VAROL, 2015, p. 1689)

#### 6.4 Executivo hipertrofiado

Num sistema autoritário, a constituição prescreve mecanismos de controle recíproco entre os poderes, mas os poderes constitucionais restam completamente desequilibrados. O poder executivo – especialmente o chefe de tal poder: o presidente (por exemplo, na Turquia e na Rússia), o primeiro-ministro (por exemplo, Hungria), ou o chefe de governo de fato (por exemplo, Polônia sob Kaczynski) – não é somente superior no poder, mas, num sentido jurídico, desfruta de poderes os quais não são objeto de controles recíprocos. Poder formal e de fato podem diferir significativamente, como na Rússia de Medvedev, ou domínio governamental formal pode estar subordinado à dominação informal do partido, como na Polônia.

A luta constitucional contra o autoritarismo, particularmente na África e América Latina nas décadas recentes, tem normalmente concentrado-se na introdução de limites aos mandatos presidenciais, enquanto autocratas frequentemente esforçam-se para removê-los, através de reforma constitucional e/ou reinterpretação dos limites pela corte constitucional (por exemplo, no Peru). Este esquema tem sido utilizado em Burundi e Ruanda, onde controversos terceiros mandatos entrincheirou a posição dos atuais presidentes.

Claramente, democracias constitucionais podem tomar variadas formas institucionais; podem ser uma monarquia ou república; presidencial ou parlamentar; estado federal ou unitário. No entanto, pesquisas comparativas em sistemas de governo revelam que alguns sistemas presidenciais apresentam dificuldades em sustentar práticas democráticas. Levando em conta diversas condições culturais e sociais, sistemas parlamentaristas são mais democraticamente robustos que os presidenciais. (LINZ, 1979; LIPSET, LAKIN, 2004, p. 38-48) Dependendo das tradições políticas, culturais e do sistema eleitoral, a transformação dos Poderes executivo e do legislativo num sistema presidencial pode levar ao autoritarismo, não sendo sempre este o caso, no entanto. Para ilustrar: muito embora tanto a Constituição francesa de 1958 como a russa de

1933 foram vistas como reações à paralização parlamentar, com aspirações em torno de um executivo forte, a prática política e constitucional francesa atuou para manter a democracia constitucional no longo prazo; em contraste, desde o início relativamente tolerante da era Yeltsin na Rússia, sob Putin o país tem se movido dramaticamente para as práticas autoritárias a era pós-glasnost, muito embora com mínimas mudanças no texto constitucional em si.

### 6.5 Direitos fundamentais restringidos

Constituições autoritárias formalmente declaram direitos fundamentais dos cidadãos, mas estes são raramente garantidos juridicamente. Uma tática comum consiste em construir um catálogo de direitos fundamentais, ostensivamente baseados em padrões internacionais surgidos da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU e em tratados regionais. No entanto, a realidade constitucional contém um número de seções em contradição direta com o direito internacional dos direitos humanos, tipicamente reconhecendo certos direitos fundamentais, mas somente na medida em que eles sirvam aos interesses do grupo político governante. Por exemplo, liberdade de expressão e imprensa podem se negadas ou restringidas em nome da nação, de grupo étnico dominante ou religioso, proteção do chefe de estado ou outros agentes públicos.

Muito embora a perseguição penal ainda seja um instrumento para o autoritarismo (seja-se a Turquia), líderes políticos normalmente optam por uma abordagem menos brusca, escolhendo processar jornalistas e ativistas de direitos humanos por difamação para silenciar o dissenso, ao invés de recorrer às prisões ou amplas proibições ou supressões de jornais, livros, filmes ou sítios na internet. Líderes autoritários tendem a restringir liberdade de expressão ao capturar de fato uma ampla parte da mídia de massa e controlar, juridicamente, a mídia pública. Como parte do fingimento, a propaganda e manipulação da mídia são oficialmente denominadas como revelação de informações públicas.

Exclusões raciais e étnicas, bem como repressão da sociedade civil, estão entre as características tradicionais de sistemas constitucionais autocráticos. Muito embora hoje as organizações da sociedade civil sejam raramente proibidas, muitos regimes, da Argélia à



Venezuela, têm adotado requisitos discriminatórios, inflexíveis e custosos para o registro e publicidade dos grupos da sociedade civil. Do mesmo modo, leis relacionadas aos “agentes estrangeiros” têm sido usadas como um instrumento para autoritarismo; o objetivo primário delas é frear a cooperação entre organizações não governamentais internas e internacionais (por exemplo, Bielorrússia, Hungria, Israel e Rússia). Além disso, como parte do jogo da simulação, em muitos regimes organizações não governamentais organizadas pelo governo têm sido criadas ou financiadas por este para imitar a sociedade civil, promovendo interesses autoritários e atrapalhar o trabalho das legítimas ONG’s. (Egito, Hungria, Rússia, Síria e Turquia). Pode ser verdade, então, que os governos autoritários são cuidadosos em evitar qualquer coisa que possa parecer uma séria violação aos direitos fundamentais; (MÜLLER, 2018) mesmo assim, por trás do véu do constitucionalismo, um abuso sistemático de direitos fundamentais pode ser encontrado.

## **7. MARCOS DE SEGUNDA ORDEM DO AUTORITARISMO**

Marcos de segunda ordem pode ser considerados como uma simulação de justificação normativa para o autoritarismo. Eles são ferramentas normativas ou dispositivos manipulados pelos autoritários para criar normas constitucionais e práticas para simular democracia enquanto almejam o autoritarismo. Denominar marcos de primeira ordem como os sinais visíveis do autoritarismo, focando no texto constitucional ou na prática judicial, e marcos de segunda ordem como os meios ocultos para a enganação, talvez seja um exagero. A premissa é, ao invés disso, que acadêmicos constitucionais podem revelar a estrutura mais profunda de contrafação democrática ao expor o núcleo normativo desta como marcos de segunda ordem.

Qual é o aspecto mais geral dos marcos de segunda ordem? Tenho argumentado que o princípio abstrato de democracia está aberto às interpretações concorrentes. Alguns acreditam que democracia significa primeira e principalmente governo da maioria; outros, eu mesmo incluído, discordam e argumentam em torno de uma consideração mais complexa de democracia. Desacordos substantivos duradouros sobre categorias constitucionais fundamentais são fenômenos bem conhecidos da teoria constitucional. Aqui a famosa distinção

entre conceito e concepção, originada nos trabalhos de William Gallie e Herbert Hart, e usado proeminentemente por Rawls e Dworkin, pode ser útil novamente.

Os conceitos de “democracia”, “igualdade”, “eleições justas”, “dignidade humana” e termos constitucionais similares são ideias gerais abstratas. Conceitos constitucionais são necessariamente contestáveis pois diferentes teorias e juristas tem diferentes concepções sobre a adequada compreensão daqueles conceitos. Enquanto no seu Teoria da Justiça, Rawls defende justiça como equidade como a melhor concepção de justiça, outros oferecem diferentes concepções. Para Dworkin, a melhor concepção de igualdade inclui, sob certas circunstâncias, ações afirmativas; outros discordam e oferecem uma leitura mais restrita da igualdade. A relação entre conceitos e concepções é interpretativa. Ou seja, o direito constitucional é repleto de conceitos contestados, e é uma questão de interpretação determinar quais concepções são mais defensáveis.

Podemos simplificar a distinção conceito/concepção ao reduzi-la o máximo possível: numa democracia constitucional, um conceito pode ser conectado com as concepções rivais A e B. Num sistema autoritário, o qual o atributo chave é a simulação da democracia, a fórmula funciona assim: autoritarismo simula que a concepção B e não A foi selecionada para justificar o caráter democrático do sistema. Esta é, no entanto, uma falsa justificação, pois uma concepção antidemocrática C está sendo utilizada. Denomino esse tipo de passagem da concepção democrática B para a antidemocrática C como marcos de segunda ordem do autoritarismo. Os mecanismos constitucionais através dos quais autoritarismo enganosamente mostra-se como democracia são, evidentemente, mais complexos que isso. Mas este esquema simplificado dos marcos de segunda ordem pode facilitar a compreensão da emergência do autoritarismo contemporâneo. Em seguida, demonstro o fenômeno a partir de exemplos paradigmáticos.

### **7.1 Práticas hegemônicas de votação**

Hoje há amplo acordo no sentido de que legitimidade significa democracia constitucional, e democracia constitucional requer eleições regulares que sejam tanto livres como justas. Além disso, quase não se disputa que eleições devem ser efetivadas garantindo o

sigilo do voto na base do caráter universal, igual e direto de tal direito. Para além disso, há desacordo acerca de qual sistema eleitoral melhor se adequa a tais princípios democráticos. Muito embora o direito constitucional não ofereça uma classificação uniforme dos sistemas eleitorais e um número virtualmente incalculável de métodos de votação existam, para meu propósito somente os dois mais bem conhecidos são necessários neste momento: majoritário (incluindo a votação *first-past-the-post*) e representação proporcional, ambos os quais apresentam vantagens e desvantagens. Vamos denominar o primeiro nos termos da concepção A e do segundo a partir da concepção B.

Como explicado anteriormente, um dos objetivos dos autoritários é legitimarem-se através das eleições pluripartidárias. O sistema aparentemente implementa um sistema *first-past-the-post* ou um sistema híbrido no qual elementos majoritários são dominantes, mas não é nem próximo da concepção B, pois normas jurídicas e práticas – ou seja, o sistema como um todo – garantem o domínio do partido do governo. Contrariamente à concepção B nas democracias constitucionais, a concepção C falha ao levar em conta tradições políticas e culturais, diferenças demográficas, e práticas jurídicas específicas, sem mencionar a manipulação sistemática dos distritos eleitorais e outras características fraudulentas que acompanham esta concepção. É por isso que podemos distinguir concepções democráticas A (sistema majoritário) e B (proporcional) de uma concepção autoritária C (hegemônica).

Aqui não tenho espaço para oferecer uma explicação, mas o leitor pode facilmente perceber características similares na democracia direta, distinguindo concepções democráticas de referendo das altamente manipulativas “consultas nacionais” (novamente, a concepção C), aplicada da Venezuela a Hungria. Logo, rejeitar o pluralismo político e procedimentos deliberativos não pertence às concepções defensáveis de democracia. O sistema autoritário parece ser um majoritário apoiado pelo eleitorado, mas líderes autoritários reivindicam uma exclusiva representação moral sobre o povo.

## 7.2 Falsificação de controles recíprocos

Pesquisas em Direito Constitucional têm devotado considerável atenção na



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

caracterização das condutas recíprocas entre legislativo e judiciário. Autores divergem acerca da autoridade judicial para revisar a constitucionalidade dos atos legislativos, e se juízes ostentam a autoridade interpretativa final em questões de direitos fundamentais e princípios constitucionais. Estes problemas deitam raízes no debate entre Kelsen e Schmitt acerca do guardião da constituição (KELSEN, 1976; SCHMITT, 1996). Discussões contemporâneas acerca da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade também são explicáveis à luz dos debates entre Ely e Dworkin e deste com Waldron (ELY, 1980; DWORKIN, 1977; DWORKIN, 1998; WALDRON, 1999<sup>7</sup>). Recentemente, novas pesquisas surgiram, oferecendo, por um lado, intensas críticas tais como as de Mark Tushnet e Ran Hirschl e, por outro lado, apresentando perspectivas justificatórias como as de Matthias Kumm. (TUSHNET, 1999; HIRSCHL, 2007; KUMM, 2007) Parece fácil encaixar estas controvérsias no esquema da concepção A versus a concepção B. Teóricos da concepção B sugerem que o parlamento, como um órgão eleito e representativo e, em alguns casos, a admissão de certas formas de participação direta na democracia, proporcionam um tipo superior de deliberação democrática quando comparada com o processo de decisão efetivado por juízes não eleitos.

Líderes autoritários estão sequestrando a concepção B para também invocar o slogan “Nós o povo” para limitar o papel do judiciário constitucional. Apologistas da simulação da democracia imitam sistematicamente a concepção B quando o novo sistema supostamente substitui “juristocracia” com a “soberania do parlamento”, e ostensivamente introduz “constitucionalismo político” ao invés de “constitucionalismo jurídico”. Mas, na realidade, esta é a concepção C. Fracos controles constitucionais nesta concepção significam que não é somente o judiciário mas também outras instituições democráticas e a deliberação pública que são prejudicados. É possível contornar princípios de representação democrática e participação se a vontade popular não é juridicamente construída ou demonstrada, consistindo, na verdade, no eco do líder dominante. Consequentemente, a liderança autoritária emerge ao custo não somente do judiciário, mas também do parlamentarismo.

<sup>7</sup> Uma versão parcialmente revisada da visão de Waldron encontra-se em WALDRON, 2006. Veja-se também o último texto de Dworkin, em DWORKIN, 2012, p. 483-485.

### 7.3 Executivo hipertrofiado

Um trampolim importante para o autoritarismo parece ser ampliar e/ou não definir claramente os poderes do executivo. Vamos analisar o caso dos poderes de emergência. Quando a sobrevivência da democracia constitucional está em jogo, circunstâncias extraordinárias podem justificar suspensões temporárias das garantias constitucionais. Concepções dualistas pode ser traçadas a partir de muitos aspectos das leis de emergência. As teorias estão divididas entre a tradição lockeana, a qual admite o poder discricionário em caso de emergência tendo em vista o bem comum, mesmo contra o direito e a tradição kantiana, as quais insistem que o Estado de Direito deve controlar a política mesmo em tempos de emergência. Modelos constitucionais os Estados Unidos e da Alemanha podem ser distinguidos, eis que aquele praticamente não regula situações de emergência, exceto no que concerne à suspensão do *habeas corpus*, enquanto este apresenta uma regulação detalhada para o governo federal. Há ainda modelos de desenhos institucionais rivais, por um lado garantindo à legislatura o poder de editar normas em torno da emergência, e, por outro, empoderando o executivo para determinar se há uma emergência e como lidar com ela (DYZENHAUS, 2012, p. 442-461; DYZENHAUS, 2006). O que é comum em muitas variantes das concepções A e B é que direitos constitucionais são suspensos somente de modo temporário, controle de constitucionalidade sobre o executivo é aceito, e o propósito central do estado de emergência é restaurar a ordem jurídica democrática e o completo desfrute dos direitos humanos.

Uma concepção autoritária C da emergência, em contraste, refere-se a Locke mas segue Carl Schmitt, o qual adotou a posição radical de que “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”. (SCHMITT, 2005, p. 5; SCHMITT, 1996) A concepção C pode supostamente aproximar-se do modelo alemão, mas as restrições estão longe de serem temporárias e o controle judicial é ilusório ou inexistente. Como os desenvolvimentos constitucionais na Turquia demonstram, ao se referir às ameaças terroristas e outros perigos iminentes, o chefe do executivo, o “guardião da Constituição, pode iniciar com sucesso um amplo processo reforma constitucional, levando a um sistema autoritário. Em síntese, num regime que busca se distanciar de uma democracia constitucional, a declaração de estado de



emergência por parte do governante serve para institucionalizar um poder executivo arbitrário desimpedido por qualquer limite jurídico, criando um contínuo e especial poder além do Estado de Direito.

#### **7.4 Direitos fundamentais restringidos**

Tomo o caso da liberdade de expressão versus a dignidade humana como um exemplo paradigmático. A partir de uma perspectiva comparativa, há dois modelos de leis sobre o discurso de ódio – ou seja, duas interpretações concorrentes acerca do conceito de dignidade humana. Nos Estados Unidos, liberdade de expressão desfruta de um status privilegiado, eis que reivindicações acerca da dignidade de grupos vulneráveis não podem justificar restrições ao discurso. O que importa é a dignidade e autonomia daquele que fala (concepção A) (BAKER, 2011). Outras democracias avançadas em diferentes continentes, em contraste, permitem proibições ao discurso de ódio tendo em vista a proteção de valores constitucionais em competição, especialmente a dignidade de grupos vulneráveis (concepção B). Uma justificação controversa desta concepção é oferecida por Jeremy Waldron, o qual concentra-se nas minorias vulneráveis enfrentando ameaças, humilhações, discriminação e desenvolve um novo argumento sustentando as restrições ao discurso do ódio: um ataque à dignidade de grupos vulneráveis atinge a base da inclusão deles na sociedade, devendo por isso, argumenta Waldron, ser legalmente restringido. (WALDRON, 2012)

Em face disso, a concepção C inventada em sistemas constitucionais ecoa a leitura de Waldron acerca da dignidade ao enfatizar que não somente indivíduos mas também um número de pessoas em certos grupos possuam o direito à dignidade. O que faz da concepção C distintiva é que as leis de proteção os membros da maioria, citando, por exemplo, a dignidade da nação, do país ou um grupo étnico ou religioso dominante; no entanto, ao mesmo tempo tais leis desrespeitam grupos sociais vulneráveis. Parece claro que onde restrições à liberdade de expressão favorecem aqueles poderosos pertencentes aos grupos majoritários, enquanto membros dos grupos vulneráveis são alvos de discurso de ódio orquestrado pelo governo, tal regulação pode constituir um aspecto da abordagem autoritária. Em resumo, onde a concepção



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

B apresenta uma controvérsia tendo em vista o equilíbrio incerto entre liberdade de expressão e outros valores democráticos, a concepção C claramente subordina liberdade de expressão às ideias antidemocráticas.

Penso que mais pesquisa acadêmica é necessária para compreender melhor os mecanismos constitucionais do autoritarismo. Neste artigo, argumentei que ele não é uma repetição simples da história nem uma variação da democracia constitucional. Sugeri uma abordagem diferente, baseada na visão de que autoritários estão sob pressão para fingir serem democratas. Devemos, portanto, desmascará-los ao identificar aqueles marcos constitucionais os quais servem como ferramentas da simulação.

**Agradecimentos.** Versões deste artigo foram apresentadas nos grupos de trabalho “Beyond the Liberal Constitution”, Wolfson College, Universidade de Oxford; “Constitutionalism, Dissent, and Resistance”, Universidade Humboldt, Princeton e Berlin; “Resurgence of Executive Primacy in the Age of Populism”, Academia Sinica, Taipei; e no GlobCon Colloquium da WZB Berlin Social Science Center. Gostaria de agradecer a Teodor Papuc por esta pesquisa, e János Kis, Kriszta Kovács and Mattias Kumm pelo auxílio nos comentários.

## 8. REFERÊNCIAS

ALBRIGHT, M. **Fascism: a warning**. New York: Harper, 2018.

ARENDT, H. **The origins of totalitarianism**. New York: Schocken. 2004.

ARISTÓTELES. **Politics** (transl. Barker E, rev. Stalley F). Oxford: Oxford UP, 2009.

BAKER, CE. Autonomy and hate speech. In: HARE, I; WEINSTEIN, J. (eds) **Extreme speech and democracy**. Oxford: Oxford UP. pp 139–157.

BARENDT, A. **An introduction to constitutional law**. Oxford: Oxford UP, 1998.

BUNCE, VJ, WOLCHIK, SL. **Defeating authoritarian leaders in postcommunist countries**. Cambridge: Cambridge UP, 2011.

CHURCHILL, W. **Speech on the Parliament Bill, House of Commons**, 1947. <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commns/1947/nov/11/parliament-bill>. Acessado em 20 julho de 2018.

CORRALES, J. The Authoritarian Resurgence: autocratic Legalism in Venezuela. **J Democr.**



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

26(2):37–51, 2015.

DIAMOND, L. Thinking about hybrid regimes. **J Democr.** 13(2):21–35. 2002.

DIAMOND, L. Facing up to the democratic recession, 2015. **J Democr.** 26(1):141–155. 2015.

DIAMOND, L; PLATTNER, MF; WALKER, C. (eds) **Authoritarianism goes global: the challenge to democracy.** Baltimore: Johns Hopkins UP, 2016.

DWORKIN, R. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard UP, 1977.

DWORKIN, R. **Freedom's law: the moral reading of the American constitution.** Cambridge: Harvard UP, 1996.

DWORKIN, R. **Law's empire.** London: Hart, 1998.

Dworkin R (2004) Hart's postscript and the character of political philosophy. *Oxf J Legal Stud* 24(1):1–37  
Dworkin R (2011) Justice for Hedgehogs. Belknap Harvard UP, Cambridge

DWORKIN, R. Hart's postscript and the character of political philosophy. **Oxf J Legal Stud.** 24(1):1–37. 2004.

DWORKIN R. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge: Belknap Harvard UP. 2011.

DWORKIN, R. What is democracy? In: Tóth GA (ed) **Constitution for a disunited nation: on Hungary's 2011 fundamental law.** New York: CEU Press, 2012.

DYZENHAUS, D. **The constitution of law: legality in a time of emergency** 2006. Cambridge: Cambridge UP, 2006.

DYZENHAUS, D. State of emergency. In: Sajó A, Rosenfeld M (eds) **Oxford handbook of comparative constitutional law.** Oxford: Oxford UP. pp 442–461.

ELY, JH. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** Cambridge: Harvard UP, 1980.

FREEDOM HOUSE. Freedom in the world report 2016: **anxious dictators, wavering democracies: global freedom under pressure**, 2016. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2016>. Acessado em 20 de julho de 2018.

FREEDOM HOUSE. Freedom in the world report 2017: **populists and autocrats: the dual threat to global democracy**, 2017. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2017>. Acessado em 20 de julho de 2018.



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

GALLIE, WB. Essentially contested concepts. **Proc Aristot Soc.** 56:167–198, 1956.

GINSBURG, T; HUQ, A. How to lose a constitutional democracy, 2018. 65. **UCLA Law Rev** 65:78 (80–169) 2018.

GINSBURG, T, SIMPSON, A. (eds) **Constitutions in authoritarian regimes**. Cambridge: Cambridge UP, 2014.

GRIMM, D. **Die Zukunft der Verfassung**. Berlin: Suhrkamp, 2002.

GRIMM, D. Types of constitutions. In: Sajó A, Rosenfeld M (eds) **Oxford handbook of comparative constitutional law**. Oxford: Oxford UP. pp 98–132.

HART, HLA. **The concept of law**. 2nd edn. Oxford: Clarendon, 1994.

HIRSCHL, R. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard UP, 2007.

HUNTINGTON, S. **The third wave: democratization in the late twentieth century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

KANT, I. **Perpetual peace and other essays on politics, history, and morals** (transl. Humphrey T). Indianapolis: Hackett, 1983.

Karl TL (1995) The hybrid regimes of central America. **J Democr** 6(3):72–86

KARL, TL. The hybrid regimes of central America. **J Democr.** 6(3):72–86. 1995.

KELSEN, H. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: Häberle P (ed) **Verfassungsgerichtsbarkeit**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.

KELSEN, H. On the essence and value of democracy. In: Jacobson A, Schlink B (eds) **Weimar: a jurisprudence of crisis** (Cooper B transl.). Oakland: University of California Press, p 84, 2000.

KIS, J. (2003) **Constitutional democracy**. New York: CEU Press, 2003.

KORNAI, J. The system paradigm revisited: clarification and additions in the light of experiences in the post-socialist region. **Revue D'Études Comparatives Est-Ouest.** 48(1–2):239–296. 2017.

KÖRÖSENYI, A. Political representation in leader democracy. **Gov Oppos.** 40(3):358–378. 2005.



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

KUMM, M. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. **Eur J Legal Stud.** 1(2):1–32. 2007.

KURYLO, B. Russia and Carl Schmitt: the hybridity of resistance in the globalised world. **Palgrave Commun.** 2:16096. 2016.

LANDAU, D. Abusive constitutionalism. UC Davis. **Law Rev.** 47:189. 2013.

LANDAU, D. Populist constitutions. **Univ Chic Law Rev.** 85:521. 2018.

LENDVAI, P. **Orbán**: Hungary's strongman. Oxford: Oxford UP, 2017.

LEVITSKY, S; WAY, LA. The rise of competitive authoritarianism. **J Democr.** 13(2):51–65. 2002.

LEVITSKY, S; WAY, LA. **Competitive authoritarianism: hybrid regimes after cold war.** Cambridge: Cambridge UP, 2010.

LEVITSKY S, ZIBLATT D. **How democracies die**: what history reveals about our future. New York: Viking/Penguin, 2018.

LINZ, JJ. **The breakdown of democratic regimes**: crisis, Breakdown and reequilibration. An introduction. Baltimore: Johns Hopkins UP, 1978.

LINZ, JJ. **Totalitarian and authoritarian regimes.** Boulder: Lynne Rienner, 2000.

LIPSET, SM; LAKIN, JM. **The democratic century.** Norman: University of Oklahoma Press, 2004.

LOEWENSTEIN, K. **Political power and the governmental process.** Chicago: University of Chicago Press, 1957.

MERKEL, W. Embedded and defective democracies. **Democratization** 11(5):33–58. 2004.

MERKEL W; PUHLE HJ et al. **Defekte demokratien.** Band I: theorie. Munich, Taschenbuch, 2003.

MONTESQUIEU. **The spirit of the laws** (transl. and eds. Cohler AM, Miller BC, Stone HS). Cambridge, Cambridge UP, 1989.

MONTESQUIEU. **Considerations on the Causes of the greatness of the romans and their decline** (transl. Lowenthal D). London: Hackett, 1999.





## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

MUDDE C; KALTWASSER CR. (eds) **Populism in Europe and the Americas: threat or corrective for democracy?**. Cambridge: Cambridge UP, 2013.

MUDDE C; KALTWASSER CR. **Populism: a very short introduction**. Oxford: Oxford UP, 2017.

MÜLLER, JW. Homo orbánicus. **N Y Rev Books** 65(6). <https://www.nybooks.com/articles/2018/04/05/homo-orbanicus-hungary/>. 2018.

MURPHY, L. **What makes law: an introduction to the philosophy of law**. Cambridge: Cambridge UP, 2014.

OTTAWAY, M. **Democracy challenged: the rise of semi-authoritarianism**. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, D.C, 2003.

RUSSIA. **Constituição da Federação Russa**. 1933.

RUSTOW, DA. Transitions to democracy: toward a dynamic model. **Comp Politics** 2(3):337–363.

SADURSKI W. How democracy dies (in Poland): a case-study of anti-constitutional populist backsliding. **Sydney Law School Research Paper No**, 2018. 18/01. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3103491](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491). Acessado em 26 de Agosto de 2018. 2018.

SADURSKI, W. Polish constitutional tribunal under PiS: from an activist court, to a paralysed tribunal, to a governmental enabler. **Hague J Rule Law**, 2018. <https://doi.org/10.1007/s40803-018-0078-1>. Acessado em 26 de Agosto de 2018.

SARTORI, G. Constitutionalism: a preliminary discussion. **Am Political Sci Rev**. 56:853–864. 1962.

SCHEDLER, A. (ed) **Electoral authoritarianism: the dynamics of unfree competition**. Boulder: Lynne Rienner, 2006.

SCHEDLER, A. **The politics of uncertainty: sustaining and subverting electoral authoritarianism**. Oxford: Oxford UP, 2013.

SCHEPPELE, KL. Autocratic Legalism. **Univ Chic Law Rev**. 85:545. 2018.

SCHMITT, C. **The crisis of parliamentary democracy** (transl. Kennedy E). Cambridge: MIT Press, 1985.



## MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO

### CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM

SCHMITT, C. **Der Hüter der Verfassung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

SCHMITT, C. **Political theology**: four chapters on the concept of sovereignty (transl. Schwab G). Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SCHMITT, C. **Dictatorship**: from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle (trans. Hoelzl M, Ward G). Cambridge: Polity Press, 2014.

TÓTH, GA. (ed) **Constitution for a disunited nation**: on Hungary's 2011 fundamental law. New York: CEU Press, 2012.

TÓTH, GA. **Authoritarianism**. In: Grote R, Lachenmann F, Wolfrum R (eds) Max planck encyclopedia of comparative constitutional law. Oxford: Oxford UP, 2017a. pp 1–15. <http://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpecc-ol/law-mpecc-ol-e205>. Accessed 20 July 2018

TÓTH, GA. **The authoritarian's new clothes**: tendencies away from constitutional democracy. Centre for Socio-Legal Studies and Wolfson College at the University of Oxford. <http://www.fljs.org/content/authoritarianisms-new-clothes-tendencies-away-constitutional-democracy>. Acessado em 20 de julho de 2018. 2017b.

TSYGANKOV, AP. **The strong state in Russia**: development and crisis. Oxford: Oxford UP, 2014.

TUSHNET, M. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton UP, 1999.

TUSHNET, M. Authoritarian constitutionalism, 2015. **Cornell Law Rev.** 100:391

VAN HERPEN, MH. **Putin's wars**: the rise of Russia's new imperialism. Lanham: Rowman & Littlefield, 2014.

VAROL, OO. Stealth authoritarianism. **Iowa Law Rev** 100:1673–1742. 2015.

WALDRON, J. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon, 1999.

WALDRON, J. The core of the case against judicial review. **Yale Law J** 115:1346. 2006.

WALDRON, J. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard UP, 2012.

ZAKARIA, F. The rise of illiberal democracy. **Foreign Aff.** 76(6):22–43. 1997.

**Recebimento:** 10 de março de 2023.



**MARCOS CONSTITUCIONAIS DO AUTORITARISMO**  
**CONSTITUTIONAL MARKERS OF AUTHORITARIANISM**

**Aprovação:** 10 de março de 2023.