

Revista

JURIDICIDADE CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA



UERN

Vol. 1 N. 2
Jun./Nov. 2023
ISSN: 2965-3290





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. 2. (jun./nov de 2023). Mossoró, 2023.
Semestral.
Foto da capa: Pedro França (Agência Senado).



Pareceristas desta edição

Aline Nascimento (**URI**) Santo Ângelo, RS, Brasil
Edemir Braga Dias (**URI**) Santo Ângelo, RS, Brasil
Laura Mallmann Marcht (**URI**) Santo Ângelo, RS, Brasil
Vinícius Wildner Zambiasi (**URI**) Santo Ângelo, RS, Brasil
Jamile de Oliveira Gonçalves (**UnB**) Brasília, DF, Brasil
Antônio de Freitas Freire Júnior (**UFPB**), João Pessoa, PB, Brasil
Rafael Lamera Giesta Cabral (**UFERSA**), Mossoró, RN, Brasil
Raphael Peixoto (**IDP**), Brasília, DF, Brasil
Raquel Possolo (**UFMG**), Belo Horizonte, MG, Brasil
Lucas Oliveira Vianna (**UNIJUI**), Porto Alegre, RS, Brasil
Edilson Santana Gonçalves Filho (**UFC**) Fortaleza, CE, Brasil
Djalma Brochado (**UFC**) Fortaleza, CE, Brasil
Rosângela Viana Zuza Medeiros, (**UFPR**), Curitiba, PR, Brasil



NOTA EDITORIAL

Caros leitores,

É com grande satisfação que a Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte em Mossoró anuncia a publicação do segundo número da Revista Juridicidade Constitucional e Democracia, observando a periodicidade semestral proposta para o periódico. Neste número, as pesquisas em torno do processo de erosão constitucional e respectivos impactos no processo democrático continuam a partir dos oito artigos ora publicados.

No texto “Discussão sobre o reconhecimento da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais”, a professora Cintia Sousa de Freitas, da UERN, apresenta a primeira publicação em língua estrangeira na nossa revista. No texto, tem-se uma importante introdução ao caráter fundamental e vinculante dos direitos sociais, tema relevante diante do antagonismo neoliberal à Constituição e à justiça social.

João Galdemir Pinheiro Santiago Filho e Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior exploram a dimensão histórica da juridicidade, nos exatos termos propostos na linha editorial do periódico, analisando “o abuso de poder econômico na Constituição de 1988: parâmetros históricos para interpretação a partir da Constituição de 1946”. Daniel Eloi da Silva e José Erbeson Lemos da Silva retomam os estudos em torno da liberdade de expressão, já desenvolvidos no primeiro número da Revista, investigando “o discurso político-religioso de líderes neopentecostais em redes sociais digitais: entre o ódio e a liberdade de expressão”. A proteção à dignidade humana de grupos minoritários é o pano de fundo para a pesquisa, essencial em tempos de crescente intolerância.

Oton Fernandes Mesquita Junior, por sua vez, continua analisando os limites da liberdade de expressão no contexto do “inquérito das fake News como instrumento de resistência democrática: o STF e a aplicação da teoria da democracia militante na defesa da democracia brasileira”. O texto demonstra a importância de juristas buscarem cada vez mais compreender o conteúdo da democracia e como esta pode criar mecanismos de defesa, abandonando um tipo de inocência meramente liberal que acredita na eficácia jurídica em termos abstratos, neutros e, supostamente, “técnicos”.



NOTA EDITORIAL

Myrlla Arielle Fernandes Sampaio de Melo retoma os estudos em torno do sistema penitenciário nacional e como ele pode reproduzir violências, agora no contexto do necessário descontingenciamento dos recursos do FUNPEN. Novamente, a pesquisa da autora é importante por buscar analisar dados empíricos em prol da investigação acerca da eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347.

Osmar Veronese e Specht Lemos da Silva também discorrem sobre a proteção aos direitos humanos no sistema penitenciário, especialmente a partir do recorte de gênero “entre a luta e o abandono: o legado da cultura patriarcal na situação de (in)visibilidade das mulheres encarceradas”. O texto, assim, tem a importância de destacar como as consequências do estado de coisas inconstitucional é ainda mais grave no âmbito dos grupos minoritários.

Rosângela Viana Zuza Medeiros, Raquel Carlos da Rocha e Henara Marques da Silva Coelho da Paz também pesquisam a incidência do direito penal e processual penal nas questões de gênero, quando investigam a prisão preventiva no contexto da Lei Maria da Penha a partir de “uma análise jurisprudencial sobre a (im)possibilidade jurídica da decretação de ofício pela autoridade judiciária”. Para as autoras, as inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, em homenagem ao princípio acusatório, acabaram não sendo uniformes, eis que mantida a possibilidade, na Lei Maria da Penha, da decretação da prisão preventiva de ofício, devendo-se perquirir os impactos da referida antinomia na segurança jurídica a partir do estudo dos precedentes.

Finalmente, a Revista Juridicidade Constitucional e Democracia continua o diálogo com autores vinculados às instituições estrangeiras, publicando mais uma tradução, correspondente ao “Autoritarismo furtivo”, do professor Ozan Varol. O autor, gentilmente, anuiu com a tradução, possibilitando a difusão de um importante texto acerca dos diversos mecanismos de intimidação utilizados sub-repticiamente pelas mais diversas autoridades públicas, difundidos pelo mundo.

Neste segundo número, os leitores poderão constatar que, apesar dos desafios e da necessidade de constante aprimoramento editorial, os artigos publicados demonstram um certo amadurecimento intelectual, podendo-se encontrar a citação de diversos textos publicados no número anterior. Essa linha de continuidade nas pesquisas é um indício, mesmo que ainda



NOTA EDITORIAL

embrionário, da possibilidade de desenvolvimento das pesquisas jurídicas no âmbito da UERN, com profícuo diálogo entre autores que levam a sério a Constituição de 1988.

Mossoró, dezembro de 2023.

Prof. Dr. Emanuel de Melo Ferreira
Editor-Chefe



Ozan O. Varol¹

Tradução: Emanuel de Melo Ferreira²

Revisão: Maria Luiza Matos Neves Silveira³

Resumo

O autoritarismo tem passado por uma metamorfose. Historicamente, autoritários abertamente reprimiam oponentes através da violência ou grave ameaça e subvertiam o Estado de Direito para perpetuar seu governo. A repressão a tais práticas abertamente autoritárias pós-Guerra Fria proporcionou incentivos significativos para evitá-las. Ao invés disso, a nova geração de autoritários aprendeu a perpetuar seu poder através dos mesmos mecanismos jurídicos existentes em regimes democráticos. Ao agirem assim, eles ocultaram práticas repressivas sob a máscara do direito, embutindo-as com o véu da legitimidade, tornando as práticas antidemocráticas mais difíceis de serem detectadas e eliminadas.

Este artigo oferece uma abrangente teoria transversal de tal fenômeno, o qual denomino como “autoritarismo furtivo”. A partir da teoria da escolha racional, o texto explica a expansão do autoritarismo furtivo através de diferentes estudos de caso. O artigo preenche um vácuo na literatura, a qual tem deixado sem teorização o aprendizado autoritário ocorrido após a Guerra Fria e a emergente confiança em mecanismos jurídicos, especialmente infraconstitucionais, para perpetuação do poder político. Muito embora práticas autoritárias furtivas sejam mais prevalentes em regimes não democráticos, esta pesquisa ilustra que elas também podem ocorrer em regimes com credenciais democráticas favoráveis, incluindo os Estados Unidos. Sendo assim, o texto busca orientar o debate acadêmico em torno de práticas levadas a cabo pelos regimes, ao invés de analisar tipos de regimes.

Conclui-se discutindo as implicações do autoritarismo furtivo para acadêmicos e políticos. Os mecanismos de promoção da democracia existentes nos Estados Unidos e em outros lugares são pouco úteis na detecção das táticas autoritárias furtivas. Paradoxalmente, estes mecanismos, os quais concentram-se limitadamente na eliminação das deficiências democráticas mais evidentes, têm proporcionado cobertura jurídica e política para práticas autoritárias furtivas e criado as próprias condições para que elas se desenvolvam. Além disso, autoritarismo furtivo pode, em última instância, tornar a governança autoritária mais durável ao esconder as práticas antidemocráticas sob a máscara do direito. Ao mesmo tempo, no entanto, o autoritarismo furtivo é menos insidioso que sua alternativa mais tradicional e repressiva, podendo, em certas circunstâncias, produzir as condições para expansão e amadurecimento da democracia, numa dinâmica do tipo “dois passos para frente e um para trás”.

Palavras-chave: Democracia; autoritarismo furtivo; teoria da escolha racional.

*Publicado originariamente na Iowa Law Review, Vol. 100, 2015. p. 1673-1742. Tradução autorizada pelo autor.

¹ Associate Professor of Law, Lewis & Clark Law School. Muitos compartilharam seus pensamentos sobre este artigo, de modo que agradeço especialmente aos amigos e colegas Richard Albert, Alexander Blum, Ed Brunet, Joel Colon-Rios, A.E. Dick Howard, David Fontana, Leah Gilbert, Tom Ginsburg, Samuel Issacharoff, Jeremy Kidd, David Landau, David Law, Eugene Mazo, Bertil Emrah Oder, Ana Ibarra Olguin, John Parry, William Partlett, Erin Ryan, Christopher Schmidt, Kim Lane Scheppelle, Juliet Stumpf, Kathy Varol, Yurdanur Varol, Tacettin Varol, Mila Versteeg, Adrien Wing e aos participantes dos grupos de trabalho e conferências levados a cabo na Cornell Law School, no Center for the Constitution at James Madison's Montpelier (Montpelier Roundtable in Comparative Constitutional Law), Lewis & Clark Law School, Koc University Law School em Instambul, Turquia, e na Third Annual Conference of the Younger Comparativists Committee of the American Society of Comparative Law. Pelo marcante auxílio na pesquisa, agradeço ao Eric Brickenstein, Brandon Hawkins, Philip Thoennes e Lynn Williams.

² Professor 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 (UERN). Procurador da República.

³ Graduanda do curso de Direito da UERN.



AUTORITARISMO FURTIVO

STEALTH AUTHORITARIANISM*

Abstract

Authoritarianism has been undergoing a metamorphosis. Historically, authoritarians openly repressed opponents by violence and harassment and subverted the rule of law to perpetuate their rule. The post-Cold War crackdown on these transparently authoritarian practices provided significant incentives to avoid them. Instead, the new generation of authoritarians learned to perpetuate their power through the same legal mechanisms that exist in democratic regimes. In so doing, they cloak repressive practices under the mask of law, imbue them with the veneer of legitimacy, and render anti-democratic practices much more difficult to detect and eliminate. This Article offers a comprehensive cross-regional account of that phenomenon, which I term “stealth authoritarianism.” Drawing on rational-choice theory, the Article explains the expansion of stealth authoritarianism across different case studies. The Article fills a void in the literature, which has left undertheorized the authoritarian learning that occurred after the Cold War and the emerging reliance on legal, particularly sub-constitutional, mechanisms to perpetuate political power. Although stealth authoritarian practices are more prevalent in nondemocracies, the Article illustrates that they can also surface in regimes with favorable democratic credentials, including the United States. In so doing, the Article aims to orient the scholarly debate towards regime practices, rather than regime types.

The Article concludes by discussing the implications of stealth authoritarianism for scholars and policymakers. The existing democracy-promotion mechanisms in the United States and elsewhere are of limited use in detecting stealth authoritarian tactics. Paradoxically, these mechanisms, which have narrowly focused on eliminating transparent democratic deficiencies, have provided legal and political cover to stealth authoritarian practices and created the very conditions in which these practices thrive. In addition, stealth authoritarianism can ultimately make authoritarian governance more durable by concealing anti-democratic practices under the mask of law. At the same time, however, stealth authoritarianism is less insidious than its traditional, more repressive alternative and can, under some circumstances, produce the conditions by which democracy can expand and mature, in a two-steps-forward-one-step-backward dynamic.

Key-words: Democracy; stealth authoritarianism; rational choice theory.

1. INTRODUÇÃO

“Para os meus amigos, tudo. Para meus inimigos, a lei”.
Óscar Benavides, ex-Presidente do Peru⁴

O autoritarismo faz pensar em ditadores repressivos como Adolf Hitler, Joseph Stalin e Saddam Hussein. Historicamente, autoritários empregam o massivo aparato de segurança para torturar e assassinar dissidentes, prender jornalistas, fraudar eleições e fechar cortes e legislaturas. Eles desrespeitam leis e constituições e se engajam sistematicamente em diversos esforços extrajurídicos e extraconstitucionais para eliminar controles horizontais e verticais sobre o próprio poder, perpetuando a própria governança.

A guerra fria conduziu-se numa era de expansiva promoção de proteção da democracia, destinada a detectar e eliminar estas práticas evidentemente autoritárias⁵. Os Estados Unidos editaram numerosas leis e regulamentos para promover a democracia e, em 1998, desenvolveu programas de proteção à democracia em mais de 100 países⁶. Organizações não governamentais (ONGs) também se juntaram à proteção democrática, trabalhando diretamente para garantir a implementação de leis, constituições e instituições jurídicas democráticas⁷. Cláusulas democráticas foram estabelecidas em acordos internacionais para sancionar regimes que assumissem o poder através de meios não jurídicos⁸. Tais medidas aumentaram significativamente os custos em manter regimes repressivos de modo transparente e levaram à eliminação de muitos governos autoritários. No final dos anos 80 e início dos anos 90 do século passado, ditaduras colapsaram na Europa pós-comunista, Ásia e América Latina⁹.

⁴ ECONOMIST. **Knock, Knock**: The Government Unleashes the Tax Agency Against It's Opponents. 21 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.economist.com/node/21559384>.

⁵ GERSHMAN, Carl. **Apresentação ao Instituto Sydney**: Respondendo às novas retaliações contra a democracia. 14 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.ned.org/about/board/meet-our-president/archived-presentations-and-articles/responding-to-the-new-backlash-ag>. Note-se que, desde o fim da Guerra Fria, “tem havido a proliferação de programas de assistência à democracia financiados por governos, órgãos multilaterais tais como as Nações Unidas... instituições financeiras internacionais e fundações independentes.”

⁶ CAROTHERS, Thomas. **Aiding Democracy Abroad**: The Learning Curve. 7 (1999).

⁷ Para uma lista e discussão das maiores ONG's baseadas nos Estados Unidos voltadas para esforços de proteção da democracia: SILVER, Alexandra. **Soft Power**: Democracy-Promotion and U.S. NGOs, COUNCIL ON FOREIGN REL. (Mar. 17, 2006). Disponível em: <http://www.cfr.org/democratization/soft-power-democracy-promotion-us-ngos/p10164>.

⁸ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. 47 U.C. DAVIS L. REV. 189, 193 (2013).

⁹ LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. **Competitive Authoritarianism**: Hybrid Regimes After The Cold War 3 (2010).

De acordo com a *Freedom House*, o percentual de países apontados como “não livres” caiu de 46% em 1972 para 24% em 2012¹⁰. Ao mesmo tempo, eleições pluripartidárias – a peça central da democracia – disseminaram-se pelo globo¹¹.

A repressão internacional no pós-guerra fria aos regimes abertamente autoritários compreendeu um relevante incentivo para se evitar tais modelos. De modo semelhante a um vírus que sofre mutação para se adaptar aos novos remédios, autoritários ou pretensos autoritários¹² aprenderam a jogar pelas mesmas regras existentes em governos democráticos. Muito embora as leis sempre tenham sido instrumentos valiosos no arsenal do autocrata, autoritários modernos começaram a utilizar, num nível maior do que seus predecessores, as mesmas leis e instituições jurídicas existentes em regimes democráticos para alcançar propósitos não democráticos. Agindo assim, a nova geração de autoritários camufla medidas repressivas sob a máscara do direito, incutindo uma aparência de legitimidade, tornando as práticas autoritárias muito mais difíceis de serem detectadas e eliminadas. Na era moderna, lobos autoritários raramente parecem ser lobos. Eles estão revestidos, pelo menos em parte, em pele de cordeiro.

A compreensão acadêmica sobre o autoritarismo tem falhado em acompanhar a evolução dos regimes autoritários. A crescente literatura sobre autoritarismo tem se concentrado primariamente nos tradicionais e mais aparentes mecanismos de governos autoritários. Esses mecanismos incluem o desafio aberto às leis e constituições;¹³ imposição de leis marciais ou de

¹⁰ FREEDOM HOUSE. **FREEDOM IN THE WORLD 2013: DEMOCRATIC BREAKTHROUGHS IN THE BALANCE** 24 (n.d.), available at <http://www.freedomhouse.org/sites/default/files/FIW%202013%20Charts%20and%20Graphs%20for%20Web.pdf>.

¹¹ GILBERT, Leah; MOHSENI, Payam. **Beyond Authoritarianism: The Conceptualization of Hybrid Regimes**, 46 *STUD. COMP. INT'L DEV.* 270, 271 (2011) (“A terceira onda de democratização e o fim da guerra fria aumentaram dramaticamente o número global de regimes que mantêm eleições pluripartidárias com completa participação adulta”).

¹² Neste artigo, utilizo o termo “pretensos autoritários” para se referir àqueles no poder em regimes democráticos que utilizam práticas autoritárias furtivas a fim de tornar o regime menos democrático.

¹³ LANE, Jan-Erik. **Constitutions and Political Theory** 9–10 (1996) (explicando a diferença entre constituição formal e constituição real em constituições de fachada); GONZÁLEZ MARCOS, Miguel. **Comparative Law at the Service of Democracy: A Reading of Arosemena’s Constitutional Studies of the Latin American Governments**, 21 *B.U. INT’L L.J.* 259, 278 (2003) (“Na América Latina, constituições são normalmente ‘folhas de papel’ porque elas não são observadas”); F. MURPHY, Walter. **Constitutions, Constitutionalism, and Democracy, in Constitutionalism and Democracy: Transitions in The Contemporary World** 3, 8 (GREENBERG, Douglas et al. eds., 1993) (discutindo o “espectro de autoridade” no qual as constituições se

emergência; silenciamento de dissidentes através de intimidação e violência;¹⁴ fechamento de jornais e canais de televisão; banimento de publicações;¹⁵ manipulação da apuração eleitoral através de corrupção eleitoral, intimidação e fraude¹⁶; desrespeito aos limites dos mandatos¹⁷; capturando cortes e outras instituições com apoiadores leais¹⁸; estabelecendo controle direto sobre a mídia e sociedade civil;¹⁹ e efetivando emendas ou substituindo constituições para eliminar o controle sobre o próprio poder.²⁰

Mesmo sendo uma literatura volumosa, ela sofre com pontos cegos. As pesquisas

inserem); C. NOLUTSHUNGU, Samuel. Constitutionalism in Africa: Some Conclusions, in **Constitutionalism and Democracy: Transitions in The Contemporary World**, supra, at 366, 366; SAKWA, Richard. The Struggle for the Constitution in Russia and the Triumph of Ethical Individualism, 48 *STUD. E. EUR. THOUGHT* 115, 118 (1996) (pontuando que o Partido Comunista da União Soviética engajou-se no “falso constitucionalismo” ao ‘colocar-se acima dos limites constitucionais’); ZHANG, Qianfan. A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China, 8 *INT’L J. CONST. L.* 950, 952 (2010) (descrevendo a constituição da China como uma “fachada”) See generally S. LAW, David; VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions, 101 *CALIF. L. REV.* 863 (2013) (documentando a prevalência e seriedade da “não observância da constituição” pelas últimas três décadas). But see J. BROWN, Nathan. **Constitutions in a Non Constitutional World: Arab Basic Laws and The Prospects For Accountable Government** 91–92 (2002) (destacando que “constituições árabes nunca foram tidas como fachadas ou meras folhas de papéis desconectadas da realidade política”)

¹⁴ LEVITSKY; WAY, nota 6, p. 8–9.

¹⁵ SILVERSTEIN, Gordon. Singapore: The Exception That Proves Rules Matter, in.: **Rule By Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes** 73, 90 (GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir eds., 2008) (“A resposta tradicional à intimidação da cobertura da imprensa estrangeira pelos estados autoritários consiste em prender os ofensores ou, no mínimo, expô-los e banir suas publicações”)

¹⁶ SCHEDLER, Andreas. **The Politics of Uncertainty: Sustaining and Subverting Electoral Authoritarianism** 1 (2013) (destacando que “em regimes eleitorais autoritários, governos ... banem partidos, processam candidatos, agridem jornalistas, intimidam eleitores, forjam resultados eleitorais e assim por diante); CASE, William. Manipulative Skills: How Do Rulers Control the Electoral Arena?, in **Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition** 95, 103–105 (SCHEDLER, Andreas ed., 2006) (oferecendo exemplos de regimes retirando direitos, comprando votos, intimidando e realizando fraudes eleitorais para garantir resultados eleitorais favoráveis)

¹⁷ A. YOUNGERS, Coletta. Wash. Office on Latin AM., **Deconstructing Democracy: Peru Under President Alberto Fujimori** 2–3 (2000) (pontuando que o Presidente peruano Alberto Fujimori desrespeitou o limite de dois mandatos presidenciais previsto na Constituição ao concorrer para um terceiro mandato).

¹⁸ SCHEPPELE, Kim Lane. **Not Your Father 's Authoritarianism: The Creation of the “Frankenstate”**, *Eur. Pol. & Soc’y (Am. Political Sci. Ass’n)*, WINTER 2013, at 5, 7 (analisando como o governo de Viktor Orbán na Hungria indicou pessoas leais para instituições, incluindo “o *ombudsman*, auditor estatal, chefe do Ministério Público, conselho de mídia, comissão eleitoral, conselho monetário, conselho orçamentário e para a administração do Poder Judiciário”).

¹⁹ LEVITSKY; WAY, nota 6, p. 27–28.

²⁰ LANDAU, nota 5, p. 200–11 (documentando o uso das emendas constitucionais e da substituição da Constituição pelos regimes da Colômbia, Venezuela e Hungria a fim de consolidar o poder e erigir barreiras aos partidos de oposição) SCHEPPELE, nota 15, p. 5 (analisando como emendas constitucionais e a substituição de constituições levaram à criação de um *Frankenstate* na Hungria).

existentes têm se preocupado com os transparentes mecanismos de controle do autoritarismo, utilizados de modo relativamente fácil tanto por atores nacionais, quanto internacionais. Comparativamente, no entanto, existem poucas pesquisas acerca dos novos e sutis mecanismos de controle autoritários que se baseiam nas mesmas regras jurídicas que existem em regimes com favoráveis credenciais democráticas.

Este artigo preenche esse vácuo acadêmico ao oferecer uma visão compreensiva e comparativa acerca de tal fenômeno, o qual denomino como “autoritarismo furtivo”. O autoritarismo furtivo serve para proteger e fortalecer o poder quando a repressão direta não é uma opção viável. Práticas furtivas autoritárias usam o direito para entrincheirar o *status quo*, proteger o ocupante do cargo de mudanças democráticas significativas e pavimentar o caminho para a criação de um partido dominante ou partido único²¹.

O artigo discute os mecanismos primários do autoritarismo furtivo e como eles diferem das estratégias tradicionais de controle autoritário. Por exemplo, ao invés de prender jornalistas e fechar redes de mídia, aqueles no poder processam tais agentes por difamação ou calúnia, aumentando o custo em torno de comentários críticos. Ao invés de prender oponentes políticos sem o devido processo, eles os processam em face de violações às leis penais. Eles empregam leis eleitorais aparentemente legítimas e neutras, frequentemente aprovadas com o alegado propósito de eliminar a fraude eleitoral ou promover estabilidade política, criando vantagens sistemáticas para eles mesmos ou aumentando os custos para a oposição derrotá-los. Normalmente com o apoio de organizações internacionais, conferem às leis de vigilância e às instituições poder para alegadamente combater o crime organizado e terrorismo, mas utilizam tais leis para chantagear e desacreditar políticos de oposição. Eles se amparam no controle de constitucionalidade, não como um controle sobre o próprio poder, mas para consolidá-lo. Para moldar percepções e desviar atenção das práticas antidemocráticas, eles frequentemente aprovam reformas democráticas e invocam a retórica do Estado de Direito. Estas práticas permitem ao governante conservar seu poder mesmo diante de mudanças nas preferências políticas do eleitorado. Isso, por sua vez, mina o componente central da democracia:

²¹ Um sistema de partido único é um regime no qual nenhuma oposição política existe e o estado com partido dominante refere-se ao regime no qual um único partido dominante governa, mas sujeito à oposição política. HADENIUS, Axel; TEORELL, Jan. Pathways from Authoritarianism, *J. DEMOCRACY*, Jan. 2007, at 143, 147.

competitividade e eleições pluripartidárias com a consequente alternância do poder governamental.

O artigo proporciona três contribuições primárias para a pesquisa acadêmica. Primeiramente, o texto amplia a crescente literatura que analisa como os atuais governos autoritários amparam-se nas regras formais de modo mais amplo do que tem sido desenvolvido até aqui²². Grande parte da literatura assume que autoritários ou pretensos autoritários primeiramente amparam-se em mecanismos informais de coerção e controle para perpetuar o poder e que regras formais e instituições são pouco úteis para eles²³. O autoritarismo furtivo, o qual utiliza mecanismos jurídicos formais para fins antidemocráticos, questiona essa sabedoria tradicional²⁴.

Ao se concentrar no uso de regras formais como mecanismos para o autoritarismo furtivo, não sugiro que mecanismos informais de controle desempenham um papel insignificante na moderna governança autoritária. Pelo contrário, mecanismos informais ainda são importantes e frequentemente funcionam em combinação com mecanismos formais para se obter monopólio político. O foco central deste trabalho são os mecanismos formais de controle

²² Nesse sentido, conferir: *Constitutions in Authoritarian Regimes* (GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto eds., 2014) (explorando o papel das constituições em estados autoritários e como constituições funcionam no interior de molduras autoritárias) SILVERSTEIN, nota 12. No mesmo sentido: LANDAU, nota 5, p. 195 (definindo “constitucionalismo abusivo” como o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar o estado significativamente menos democráticos do que anteriormente”; SCHEPPELE, nota 15, p. 1 (cunhando o termo *Frankenstate* para descrever os regimes que perpetuam o autoritarismo através do uso de processos constitucionais).

²³ LEVITSKY; WAY, nota 6, p. 79 (“Em muitos regimes autoritários competitivos, regras formais e agências criadas para limitar governos foram frequentemente contornadas, manipuladas ou desmanteladas...”); YOUNGERS, nota 14, p. 1–2 (notando que, no Peru, “instituições democráticas formais tem sido pelo menos em parte desmanteladas, normalmente através de ‘mecanismos jurídicos’ ou leis aprovadas pelo Congresso”); ELKINS, Zachary et al., *The Content of Authoritarian Constitutions*, in *Constitutions in Authoritarian Regimes*, not 19, p. 141, 161 (“A fonte do poder autoritário é, em muitos casos, informal e extra-constitucional”); E HALE, Henry. *The Informal Politics of Formal Constitutions: Rethinking the Effects of “Presidentialism” and “Parliamentarism” in the Cases of Kyrgyzstan, Moldova, and Ukraine*, in **Constitutions in Authoritarian Regimes**, nota 19, p. 218, 218 (destacando que a visão dominante na literatura acerca dos regimes híbridos sustenta “que aquilo que realmente interessa é considerado como política informal... tratam-se de normas não escritas e não codificadas oficialmente, hábitos e práticas que de fato guiam o comportamento político”); OKOTH-OGENDO, H.W.O. *Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in **Constitutionalism and Democracy: Transitions in The Contemporary World**, nota 10, p. 65, 66 (“Poucos governos africanos têm valorizado constituições para além da mera retórica” (citações diretas omitidas)

²⁴ LANDAU, nota 6, p. 212 (“É um engano ignorar a importância das regras constitucionais formais para regimes híbridos”)



AUTORITARISMO FURTIVO

STEALTH AUTHORITARIANISM*

porque o apego autoritário às regras formais – especialmente regras infraconstitucionais que existem em regimes com credenciais democráticas favoráveis – tem sido pouco teorizado na literatura.

Em segundo lugar, o artigo busca orientar o debate acadêmico rumo às práticas de certo regime, ao invés de uma classificação em torno dos tipos de regime político. A literatura atual concebe os regimes como democráticos, autoritários ou híbridos, como aqueles existentes entre tais polos. Estas classificações, muito embora importantes para a categorização, podem também causar confusão conceitual e obscurecer práticas antidemocráticas que existem naqueles regimes alocados no lado democrático da balança. O autoritarismo furtivo não é um novo tipo de regime. Ao invés disso, o autoritarismo furtivo refere-se às práticas governamentais, analisadas detalhadamente adiante, as quais tornam aquele regime menos democrático do que antes. A tendência em proteger o poder político e aprisionar o mercado político também existe em regimes democráticos²⁵, o qual pode se manifestar através do uso do autoritarismo furtivo, muito embora em menor extensão do que em regimes não democráticos. Através do texto, tem-se a atenção às manifestações do autoritarismo furtivo em regimes com credenciais democráticas favoráveis, incluindo os Estados Unidos. Desse modo, o artigo esclarece importantes questões na teoria do direito ao demonstrar os limites do processo democrático e sua respectiva vulnerabilidade ao abuso.

Finalmente, mecanismos de promoção da democracia existentes nos Estados Unidos e em outros lugares apresentam uso limitado na detecção das táticas do autoritarismo furtivo. Paradoxalmente, estes mecanismos, os quais investigam sem muita extensão as óbvias deficiências democráticas através de metodologia que não leva em conta particularidades, acabam proporcionando cobertura jurídica e política para as práticas autoritárias furtivas, criando as próprias condições para elas desenvolverem-se. Muito embora tais metodologias

²⁵ ISSACHAROFF, Samuel; H. PILDES, Richard. Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process, 50 *STAN. L. REV.* 643, 646 (1998) (“Em mercados políticos, entidades não competitivas alteram as regras para proteger os poderes estabelecidos do risco de uma disputa real”) H. PILDES, Richard. The Inherent Authoritarianism in Democratic Regimes, in *Out of and Into Authoritarian Law* 125, 127 (SAJÓ, András ed., 2003) (argumentando que a política deve ser vista “em termos similares aos mercados: as organizações que competem no mercado político – principalmente os partidos políticos – buscarão dominar e eliminar a competição”).

sejam eficientes e funcionem relativamente bem na detecção dos mecanismos de controle autoritário mais tradicionais e aparentes, elas são menos eficientes que o autoritarismo furtivo em detectar as sutis reconfigurações da ordem política. Assim, os mecanismos de promoção da democracia dominantes têm facilitado um certo grau de aprendizado autoritário que tem ensejado a substituição de transparentes mecanismos autoritários para formas mais furtivas de controle.

O desenvolvimento do texto procede em três partes. Na parte II tem-se a elucidação do conceito de autoritarismo furtivo. A parte III examina os mecanismos mais proeminentes de governança autoritária furtiva. Parte IV discute três questões teóricas relacionadas: 1) Quais condições permitem o autoritarismo furtivo? 2) Por que líderes políticos utilizam mecanismos do autoritarismo furtivo, em oposição aos mecanismos mais abertos e tradicionais de controle autoritário? 3) Quais regimes políticos estão mais inclinados a adotar as práticas do autoritarismo furtivo? O artigo conclui discutindo as implicações do autoritarismo furtivo para acadêmicos e políticos.

II. TEORIZANDO O AUTORITARISMO FURTIVO

O estudo dos regimes políticos é marcado pela “proliferação de termos modificados e definições conflitantes”.²⁶ Tendo em vista que esta é uma área na qual o uso preciso da terminologia é importante, inicio com preliminares conceituais e teóricas. A parte II.I define autoritarismo e democracia e brevemente sumariza a crescente literatura acerca dos regimes híbridos que descreve os governos a partir de um meio termo entre os extremos. Parte II.II introduz e inicia a elucidar o conceito de autoritarismo furtivo.

II.I Autoritarismo, democracia e regimes híbridos

De acordo com Larry Diamond e respectivos co-autores, a fronteira entre regimes democráticos e não democráticos é “obscura e imperfeita”.²⁷ Para navegar em tal domínio

²⁶ GILBERT; MOHSENI, nota 8, p. 271.

²⁷ *Democracy in Developing Countries*: Asia, p. xvii (DIAMOND, Larry et al. eds., 1989).

obscuro, muitos pesquisadores têm adotado uma abordagem continuada para conceituar regimes não democráticos e democráticos²⁸. Se regimes políticos são alocados a partir de concepção unidimensional e contínua, autoritarismo e democracia apareceriam nos polos dessa continuidade.

O autoritarismo tradicionalmente refere-se a uma ordem jurídica na qual há pouco ou nenhum pluralismo político e o partido político no poder age “através de meios jurídicos ou não jurídicos a fim de suprimir a oposição política... o líder ou líderes no poder normalmente não apresentam uma elaborada ideologia capaz de guiá-los, de modo que o poder é exercido a partir de normas vagas”.²⁹ A corrupção é desenfreada na medida em que recursos públicos são dilapidados. Em regimes autoritários, é consideravelmente difícil vencer quem está no poder através de eleições. Mudanças no regime são possíveis através de uma transição pactuada, revolução, golpe de Estado ou intervenção estrangeira.³⁰

No outro polo da relação está a democracia. A democracia em si existe como uma continuidade, com a democracia procedimental e constitucional em polos opostos. Uma democracia procedimental, de acordo com a definição de Samuel Huntington, é um regime no qual líderes políticos são selecionados através de eleições livres e justas.³¹ Robert Dahl define democracia procedimental em termos mais exigentes, a partir da apresentação de quatro atributos chave: 1) eleições livres, justas e competitivas; 2) sufrágio universal e adulto; 3) proteção às liberdades civis necessárias para facilitar eleições livres e justas, incluindo a

²⁸ DIAMOND, Larry. **Developing Democracy**: Toward Consolidation 8–15 (1999); MORJÉ HOWARD, Marc; G. ROESSLER, Philip. Liberalizing Electoral Outcomes in Competitive Authoritarian Regimes, 50 **AM. J. POL. SCI.** 365, 366–67 (2006); L. MUNCK, Gerardo. Drawing Boundaries: How to Craft Intermediate Regime Categories, in **Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition**, nota 13, p. 27; SCHEDLER, Andreas. The Menu of Manipulation, **J. DEMOCRACY**, Apr. 2002, p. 36.

²⁹ O. VAROL, Ozan. The Democratic Coup d’État. 53 **HARV. INT’L L.J.** 292, 300 (2012).

³⁰ Há outro tipo de regime, denominado totalitarismo, no qual o partido no governo tem o poder consolidado numa extensão maior do que em regimes autoritários. Naquele regime, o partido dominante eliminou praticamente todo o pluralismo político, social e econômico que existia antes do surgimento do regime. O partido oficial do estado tem virtualmente o monopólio sobre o poder que exerce para desenvolver uma unificadora ideologia utópica. Os líderes políticos do partido dominante governam a nação, normalmente de modo carismático, a partir de limites indefinidos na sua autoridade, com grande vulnerabilidade e insegurança tanto para os membros como não membros do partido governante. Este artigo não inclui regimes totalitários no seu estudo tendo em vista que tais regimes, os quais são raros atualmente, não dependem tipicamente de práticas autoritárias furtivas, optando por formas mais flagrantes de controle governamental. Nessa linha: HADENIUS; TEORELL, nota 18, p. 144 (pontuando que “poucos regimes encaixam-se no tipo totalitário”).

³¹ P. HUNTINGTON, Samuel. **The Third Wave**: Democratization in The Late Twentieth Century 7 (1991).

liberdade de expressão, imprensa e associação; e 4) a ausência de instituições de tutela não eleitas (como as Forças Armadas) as quais limitam a autoridade dos líderes eleitos.³² Ainda mais exigente é a “democracia constitucional”, a qual é normalmente referida como “democracia liberal”. Uma democracia constitucional contém os componentes procedimentais como substantivos ou materiais. Muito embora as definições variem, uma democracia constitucional ordinariamente refere-se a uma ordem pluralista na qual diversos partidos de oposição competem para ocupar o poder em eleições livres e justas, numa disputa eleitoral razoavelmente nivelada, havendo ainda ampla proteção aos direitos civis numa sociedade civil robusta na qual os agentes públicos respeitam os limites jurídico-constitucionais que os limitam.³³

Recentemente, tem havido uma crescente literatura a qual examina os regimes que se situam entre os polos da relação democracia-autoritarismo e combinam elementos de ambos. Acadêmicos têm denominado tais regimes como “autoritarismo competitivo”³⁴, “autoritarismo eleitoral”³⁵, “semi-autoritarismo”³⁶, “regime híbridos”³⁷ ou *Frankenstates*³⁸. Muito embora diferenças conceituais existam entre tais denominações,³⁹ a maioria apresenta a mesma marca: a competição eleitoral pluripartidária⁴⁰ é real, mas injusta, tendo em vista que o atual ocupante

³² W. KROUSE, Richard. **Polyarchy & Participation**: The Changing Democratic Theory of Robert Dahl, 14 POLITY 441, 458–62 (1982).

³³ C. MUELLER, Dennis. Constitutional Democracy (1996).

³⁴ LEVITSKY; WAY, nota 6 (discutindo o surgimento de regimes autoritários competitivos após a Guerra Fria).

³⁵ Case, nota 13 (documentando o uso da manipulação eleitoral para manter o poder político).

³⁶ OTTAWAY, Marina. **Democracy Challenged**: The Rise of Semi - Authoritarianism (2003) (descrevendo o surgimento de regimes que exibem tanto marcas democráticas, como autoritárias)

³⁷ O termo “regime híbrido” foi inicialmente introduzido por Terry Lynn Karl, o qual o define como um regime que combina tanto elementos autoritários, como democráticos. LYNN KARL, Terry. The Hybrid Regimes of Central America, J. DEMOCRACY, July 1995, at 72, 73; see also DIAMOND, Larry. Thinking About Hybrid Regimes, J. DEMOCRACY, Apr. 2002, p. 21, 24–25 (adotando a definição de Karl de regimes híbridos e se referindo alternativamente ao “autoritarismo eleitoral” ou “pseudo democracias”)

³⁸ SCHELPELE, nota 15, p. 5 (utilizando o regime de Viktor Orbán na Hungria para ilustrar o conceito *Frankenstate*).

³⁹ GILBERT; MOHSENI, nota 8, p. 274 (“Há ainda considerável debate sobre a definição de um regime híbrido e seus limites conceituais com o autoritarismo”).

⁴⁰ “Eleições competitivas são aquelas nas quais mais de um centro de poder com diferentes interesses sócio-econômicos podem participar”. Idem. p. 278, e “apresentam um ameaça eleitoral séria para aqueles no poder”) LEVITSKY, Steven; A. WAY, Lucan. The Rise of Competitive Authoritarianism, J. DEMOCRACY, Apr. 2002, p. 51, 55.

do cargo desfruta de sistemáticas vantagens em face de seus oponentes.⁴¹ Como resultado, aqueles tendem a permanecer no poder indefinidamente, fazendo com que um aspecto central da democracia – eleições competitivas com a consequente alternância do poder governamental – torne-se consideravelmente prejudicado.⁴²

II.II Autoritarismo furtivo

Descrevo os mecanismos do autoritarismo furtivo na próxima parte, mas o conceito pode ser brevemente articulado neste momento: o autoritarismo furtivo refere-se ao uso dos mecanismos jurídicos existentes em regimes com credenciais democráticas favoráveis, tendo em vista fins não democráticos. Muito embora as diversas finalidades perseguidas por aqueles que estão no poder não sejam sempre claras, fins não democráticos, no sentido aqui utilizado, referem-se à erosão da “alternância partidária”, definida como um ciclo de poder político para além de um único partido.⁴³ A alternância no controle governamental é um componente central da democracia e evidencia um sistema eleitoral que responde à transformação nas preferências

⁴¹ LEVITSKY; WAY, nota 6, P. 3, 5 (definindo autoritarismo competitivo); GILBERT; MOHSENI, supra note 8, at 280 (“Regimes híbridos ocupam o vazio conceitual de regimes competitivos com competição Desigual”); SCHEDLER, Andreas. The Logic of Electoral Authoritarianism, in **Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition**, nota 13, p. 1, 3 (pontuando que, em regimes eleitorais autoritários, muito embora eleições sejam “minimamente competitivas”, elas “estão sujeitas à manipulações estatais muito graves, disseminadas e sistemáticas, fazendo com que não se qualifiquem como democráticas”). Certamente, há distinções conceituais entre tais rótulos que produzem diferenças importantes. Por exemplo, Schedler caracteriza o Egito e Cazaquistão como regimes híbridos, enquanto os mesmos países são descritos como plenamente autoritários por Levitsky e Way. Compare-se Schedler, p. 3, com Levitsky e Way, nota 6, p. 6–7.

⁴² LANDAU, nota 5, p. 199.

⁴³ PRZEWORSKI, Adam. Self-Government in Our Times. **12 ANN. REV. POL. SCI.** 71, 81 (2009); GILBERT; MOHSENI, nota 8, p. 278 (pontuando que “alternância no poder confirma a vitória do antigo líder e a transmissão do poder” a qual “indica um desafio real àquele no poder e... impacta concretamente a distribuição do poder entre a elite política”). GANDHI, Jennifer. Political Institutions Under Dictatorship (2008); HUNTINGTON, nota 28; GEDDES, Barbara. What Do We Know About Democratization After Twenty Years?, **2 ANN. REV. POL. SCI.** 115 (1999). Como Przeworski e seus co-autores observaram, a ausência de alternância no poder é um indicador imperfeito de um regime não democrático. PRZEWORSKI, Adam et al., **Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in The World, 1950–1990**, at 51–54 (2000). É possível que o governo no poder mantenha um longo controle político, não devido às práticas antidemocráticas, mas tendo em vista “uma população altamente satisfeita”. GILBERT; MOHSENI, nota 8, p. 279 n.18. Por outro lado, a alternância de poder não é uma condição suficiente para a democracia. Idem. P. 278. No Irã autoritário, por exemplo, a alternância no poder é frequente, como evidenciado pelas imprevisíveis vitórias de Mohammad Khatami em 1997 e Mahmoud Ahmadinejad em 2005. Idem. P. 292.

eleitorais, confirmando que “aquele no poder... pode ser vencido”⁴⁴. A erosão da alternância partidária pode, por sua vez, acarretar a criação de monopólio político.

O autoritarismo furtivo mina a alternância partidária ao aumentar consideravelmente os custos para vencer quem está no poder. Através de práticas adiante descritas, o autoritarismo furtivo erode mecanismos de responsabilização, fragiliza o controle vertical e horizontal do poder, permite a consolidação do poder, exacerbando o problema da representação⁴⁵ ao cercear a habilidade pública em monitorar e sancionar as políticas governamentais, pavimentando o caminho para a criação de um partido único, dominante e estatal, onde o campo eleitoral é desigual na medida em que o governante desfruta de vantagens sistemáticas. Estas práticas tornam consideravelmente mais difícil a derrota de tal líder político, minando um componente central da democracia: eleições livres, justas e disputadas com a possível mudança no controle do governo. Em outras palavras, como resultado de práticas furtivas autoritárias, a alternância partidária pode não ocorrer mesmo diante das mudanças políticas do eleitorado.

O autoritarismo furtivo cria uma discordância significativa entre aparência e realidade ao esconder práticas antidemocráticas sob a máscara do direito. Ao agir assim, práticas furtivas autoritárias evitam, em grande medida, os custos associados com as práticas autoritárias mais transparentes, as quais são mais prováveis de atrair a reprovação tanto da comunidade internacional como doméstica. Práticas que aparentam ser claramente repressivas num regime abertamente autoritário apresentam-se como mais ambíguas num regime que aplica as práticas autoritárias furtivas.

Não se está sugerindo que as práticas autoritárias furtivas se apresentam completamente ocultadas. Como discutido na parte III, alguns casos de autoritarismo furtivo não são tão furtivos na medida em que chamam a atenção e opróbrio de relevantes atores domésticos e globais. Os mecanismos do autoritarismo furtivo são, no entanto, relativamente

⁴⁴ PRZEWORSKI, nota 40, p. 81.

⁴⁵ O problema da representação refere-se ao fracasso do representante em agir no melhor interesse do representado. J. GROSSMAN, Sanford; D. HART, Oliver. An Analysis of the Principal-Agent Problem, **51 ECONOMETRICA** 7, 7 (1983). Nesse contexto, os representantes são os políticos e os representados são aqueles que os elegeram. See J. MILLER, Gary. The Political Evolution of Principal-Agent Models, **8 ANN. REV. POL. SCI.** 203, 207 (2005).

mais difíceis de detectar que as estratégias abertamente repressivas dos regimes autoritários. Na medida em que o autoritarismo furtivo fundamenta-se no exercício de mecanismos jurídicos que existem em regimes com credenciais democráticas favoráveis, tem-se uma maior dificuldade em diferenciar o abuso da aplicação legítima.

Muito embora o autoritarismo furtivo utilize mecanismos que existem em regimes com favoráveis credenciais democráticas, estes mecanismos não são sempre réplicas textuais da respectiva contraparte democrática. Em alguns casos, leis relevantes podem estar sujeitas a sutis reconfigurações as quais afastam-se significativamente daquelas leis tipicamente encontradas em democracias. Examinemos estas dificuldades abaixo ao discutir os mecanismos do autoritarismo furtivo. Em alguns casos, no entanto, o distanciamento das leis tipicamente democráticas também pode ocorrer em democracias consolidadas, fazendo com que tais desvios não aparentem ser antidemocráticos. Por exemplo, como discutido adiante, a Rússia criminaliza a difamação, a qual representa uma distinção em torno da natureza não penal de tal prática em muitas democracias. Mas as leis tipificando a difamação também existem em alguns regimes com credenciais democráticas favoráveis, como Canadá, Itália e Estados Unidos. A criminalização da difamação por democracias consolidadas permite aos agentes públicos russos responderem qualquer crítica direcionada à lei russa, bastando mencionar que leis semelhantes foram aprovadas por democracias proeminentes.

Muito embora pouco examinadas na literatura, regras formais não são completamente estranhas à governança autoritária. Historicamente, líderes autoritários usam regras formais para constranger corruptos agentes burocráticos que operam o governo.⁴⁶ Eles também utilizam o sistema jurídico para manter controle sobre a população.⁴⁷ Em outras palavras, leis foram utilizadas não para regular ou limitar o governo, mas para habilitá-lo a constranger outros e garantir a respectiva colaboração com o governo autoritário.⁴⁸ Comentaristas têm se referido a isso como a tradição do *rule by law*, em contraste com a tradição do *rule of law* nas democracias

⁴⁶ B. MYERSON, Roger. The Autocrat's Credibility Problem and Foundations of the Constitutional State, **102 AM. POL. SCI. REV.** 125, 135–36 (2008).

⁴⁷ GINSBURG, Tom. **Constitutionalism: East Asian Antecedents**, **88 CHI.-KENT L. REV.** 11, 18–19 (2012).

⁴⁸ Idem. p. 31.

modernas⁴⁹. As regras formais naqueles regimes normalmente refletem a respectiva natureza autoritária com uma “brutal candura”.⁵⁰ Por exemplo, a Constituição da Arábia Saudita requer que a mídia aplique uma “linguagem civilizada e polida” e adeque as publicações à regulação estatal.⁵¹ De modo semelhante, a primeira constituição da União Soviética comprometeu o Estado com a “retirada dos privilégios individuais ou de certos grupos da sociedade que pudessem ser utilizados por eles em detrimento da Revolução Socialista”.⁵² A China pré-moderna e, em menor extensão, a Coreia pré-moderna também compõem bons exemplos de um regime ao estilo *rule by law*.⁵³

O foco deste artigo é diferente. Regras formais nos regimes tipo *rule by law* abertamente expressam o respectivo caráter autoritário. Em contraste, os mecanismos descritos neste texto obscurecem práticas antidemocráticas sob a aparência de mecanismos jurídicos que existem em regimes com credenciais democráticas favoráveis. Através desse fenômeno mais complexo e do interesse concernente no autoritarismo furtivo, as práticas autoritárias modernas estão se tornando cada vez mais difíceis de serem detectadas e eliminadas tanto por atores globais como domésticos.

A história completa, no entanto, apresenta mais nuances. Os modernos governos autoritários não abandonaram por completo mecanismos de controle autoritários mais evidentes. Mesmo nos estudos de caso que discuto na próxima seção, mecanismos de autoritarismo furtivo são algumas vezes complementados por estratégias de controle autoritárias mais transparentes. Mais adiante, analisarei, a partir da teoria da escolha racional, porque líderes políticos podem adotar práticas autoritárias furtivas, como eles conseguem agir assim e quais tipos de regime podem mais provavelmente se beneficiar com a adoção de tais práticas. Primeiramente, no entanto, discutirei os mecanismos do autoritarismo furtivo.

⁴⁹ SILVERSTEIN, nota 12, p. 74 (“O Estado de Direito pode ser uma pré-condição necessária para a democracia liberal, mas a democracia liberal não é um produto necessário do Estado de Direito”).

⁵⁰ S. LAW, David; VERSTEEG, Mila. Constitutional Variation Among Strains of Authoritarianism, in **Constitutions in Authoritarian Regimes**, nota 19, p. 165, 165.

⁵¹ Basic Regulation on Governance [Constitution] Mar. 1, 1992, art. 39 (Arábia Saudita).

⁵² Constituição russa, 1918, art. 23.

⁵³ GINSBURG, nota 44.

III. MECANISMOS DO AUTORITARISMO FURTIVO

Nesta seção, analiso os mecanismos primários do autoritarismo furtivo. Não se trata de uma lista exaustiva de tais práticas, ao invés disso, elenco os exemplos mais proeminentes. Na seção III.I, analiso o uso do controle judicial de constitucionalidade para consolidar o poder. Na seção III.II, discuto o uso de processos judiciais contra dissidentes para criar uma cultura de autocensura. A seção III.III estuda a adoção de leis eleitorais, tais como aquelas concernentes à identificação dos eleitores, condições de elegibilidade, financiamento eleitoral utilizadas para enfraquecer a oposição e elevar os custos para se derrotar aqueles no poder. A seção III.IV analisa o uso dos crimes comuns, como aqueles envolvendo sonegação fiscal ou desvio de recursos públicos, para processar dissidentes políticos. Na seção III.V, analisa-se a efetivação de reformas democráticas e o uso da retórica do Estado de Direito para moldar percepções e desviar a atenção das práticas antidemocráticas. Cada subdivisão, inicialmente, explica a teoria aplicável e depois ilustra a teoria com estudos de caso.

III.I Controle judicial de constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade é normalmente definido como um tipo de controle aos Poderes políticos do governo. Nesta subseção, discuto três modos nos quais o controle judicial de constitucionalidade pode funcionar como um instrumento para o autoritarismo furtivo. Especificamente, analiso como tal atuação judicial pode servir como mecanismos para consolidar o poder, reforçando as credenciais democráticas daquele atualmente no poder, permitindo que este evite responsabilização política diante de políticas controversas.

III.I.I Consolidando o poder

Tom Ginsburg e Ran Hirschl desenvolveram teorias diversas acerca de como elites políticas podem decidir criar e empoderar cortes independentes. De acordo com o “modelo da segurança” de controle de constitucionalidade desenvolvido pelo Professor Ginsburg, se

políticos desenvolvendo uma nova constituição “preveem que perderão poder após as eleições, eles podem ... fortalecer o controle judicial na Constituição como uma forma de segurança política”.⁵⁴ Mesmo se os legisladores constituintes perderem as eleições, outro caminho – o controle judicial de constitucionalidade – permanece disponível para desafiar a legislação aprovada por seus opositores.⁵⁵ De modo semelhante, Professor Hirschl argumenta que elites políticas ameaçadas transferem poder das instituições políticas para o judiciário a fim de preservar a hegemonia política e confiar as respectivas preferências políticas a juízes não eleitos que compartilhem da mesma ideologia da elite, blindando aquela elite dos caprichos da política doméstica.⁵⁶ Mesmo que as elites políticas percam poder, juízes não eleitos continuam a proteger as preferências políticas da elite através do controle judicial.⁵⁷

Ao contrário das elites nos modelos de Ginsburg e Hirschl, as quais empoderam o judiciário tendo em vista a possível perda de poder, meu foco é nas elites que desejam manter o poder indefinidamente. À primeira vista, a criação de um judiciário independente pode parecer insistente com aquela meta. Afinal, o judiciário empoderado com o controle de constitucionalidade pode derrubar leis antidemocráticas e expandir direitos individuais e liberdades relacionadas ao processo democrático, nivelando, assim, pelo menos em alguma medida, o desequilibrado jogo eleitoral que pode ter sido desenvolvido por aqueles no poder. Esse cenário, no entanto, subestima a extensão na qual instituições judiciais podem ser estruturadas para gerar resultados substantivos favoráveis aos interesses do regime. A estrutura das cortes, o processo de indicação e as regras de acesso ao controle judicial podem ser ajustadas para ampliar os interesses dos atuais ocupantes do governo.

A criação da Corte Constitucional turca é ilustrativa. O Tribunal de 15 membros foi criado no contexto do golpe militar de 1960.⁵⁸ Os líderes militares estruturaram o processo de indicação para a Corte, a fim de garantir, na maior medida possível, a indicação de juízes

⁵⁴ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies**: Constitutional Courts in Asian Cases 18 (2003).

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ HIRSCHL, Ran. **Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism**: Three Middle Eastern Tales, 82 **TEX. L. REV.** 1819, 1857 (2004). HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism (2004).

⁵⁷ HIRSCHL, nota 53, p. 1857.

⁵⁸ VAROL, note 26, p. 329.

favoráveis aos seus interesses.⁵⁹ De acordo com a Constituição, a qual foi editada sob a tutela militar:

Oito dos 15 membros permanentes seriam selecionados pelas outras Cortes de Apelação (*Council of State, High Court e Court of Accounts*), três pelo Parlamento, dois pelo Senado e dois pelo Presidente da República. O poder para selecionar a maioria dos membros da Corte Constitucional foi concedido para um judiciário não eleito, cujos membros estariam mais inclinados a se alinhar com as preferências políticas dos militares do que dos atores políticos eleitos.⁶⁰

Certamente, a autonomia judicial pode ser uma faca de dois gumes para o regime no poder. O Poder Judiciário pode desapontar líderes que estabeleceram tal poder ou indicaram os respectivos membros. Instituições judiciais podem direcionar a relativa autonomia a eles proporcionada contra as elites políticas e desafiar as respectivas políticas, lançando luz sobre as práticas autoritárias furtivas. Adicionalmente, qualquer tentativa do regime em penalizar o judiciário diante de decisões não favoráveis poderia resvalar na própria credibilidade do regime. Por exemplo, no Paquistão, o Presidente da Suprema Corte, Muhammad Chaudhry, resistiu publicamente às tentativas do General Musharraf para removê-lo do cargo em 2007, causando danos à credibilidade e legitimidade de Musharraf.⁶¹ De modo semelhante, o *impeachment* de juízes da Corte Constitucional peruana tendo em vista a tentativa de limitar o terceiro mandato do Presidente Fujimori desencadeou grandes protestos e o opróbrio da comunidade internacional.⁶²

Muito embora alguma resistência judicial ocasional permaneça como uma possibilidade real, uma jurisprudência consistente para conter a política da elite é improvável.⁶³ Juízes são atores estratégicos. Eles não operam no vácuo. O judiciário é influenciado pelo ambiente político no qual opera, sendo improvável que juízes se engajem numa espécie de resistência sustentável contra os poderosos no poder. Como Professor Hirschl explica, “quando enfrentam

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: The Functions of Courts in **Authoritarian Politics, in Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes**, nota 12, p. 1, 14. Musharraf respondeu suspendendo a Constituição do Paquistão. Idem.

⁶² YOUNGERS, nota 14, p. 30.

⁶³ HIRSCHL, nota 53, p. 210.

questões políticas altamente controversas, cortes constitucionais – combinando as preferências ideológicas de seus membros com um astuto comportamento estratégico – tendem a se aproximar das visões de mundo prevalentes, das metanarrativas nacionais e dos interesses das influentes elites políticas quando lidam com as questões da mega política”.⁶⁴ O judiciário, cuja estrutura pode ser estabelecida ou moldada por aqueles no poder ou apresentar muitos dos respectivos membros indicados por estes, pode acabar se tornando um parceiro confiável em questões de particular importância na proteção do *status quo* político.⁶⁵

Por exemplo, Vladimir Putin recorreu ao controle judicial de constitucionalidade para consolidar seu poder na Rússia. Alegando que estaria criando um espaço político unificado, ele autorizou que as cortes federais anulassem leis regionais inconsistentes com a constituição federal.⁶⁶ A autorização aparenta, pelo menos na superfície, em ser nada mais do que um controle neutro e direto em torno da supremacia normativa vertical, sendo consistente com outros modelos de estados federais, incluindo os Estados Unidos. De acordo com Putin, a nova autoridade judicial federal para superar leis regionais meramente ratificaria “o compromisso da Rússia com a ‘legalidade e o estado’”.⁶⁷ As cortes federais russas aplicaram seu novo poder com zelo e derrubaram milhares de leis regionais.⁶⁸ A eliminação delas permitiu que Putin centralizasse e consolidasse seu poder ao reduzir controles verticais sobre seu poder pelos governos regionais.⁶⁹

Putin também alcançou apoio da Corte Constitucional russa e seu presidente, Valery Zorkin.⁷⁰ Já tendo sido descrito como “uma resposta da Rússia ao Presidente da Suprema Corte Americana John Marshall,”, Zorkin tem se esforçado, sem sucesso, em preservar a juridicidade

⁶⁴HIRSCHL, Ran. **Reply, Constitutionalism, Judicial Review, and Progressive Change:** A Rejoinder to McClain and Fleming, **84 TEX. L. REV.** 471, 481 (2005); HIRSCHL, nota 53, p. 171–72; E. WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy:** The Presidency, The Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History 9 (2007) (“O Judiciário pode afirmar sua própria supremacia sobre a interpretação constitucional, mas tal reivindicação em última instância deve ser apoiada por outros atores políticos, tomando decisões políticas independentes sobre como o sistema constitucional deve operar”).

⁶⁵ MOUSTAFA; GINSBURG, nota 58, p. 14–21 (analisando como regimes autoritários limitam o ativismo judicial, sem violar a autonomia judicial).

⁶⁶ PARTLETT, William. Putin’s Artful Jurisprudence, **NAT’L INT.**, Jan./Feb. 2013, p. 35, 37.

⁶⁷ Idem. p. 39.

⁶⁸ Idem. p. 37

⁶⁹ Idem. p. 39

⁷⁰ Idem. p. 40–41.

constitucional durante o conflito entre Boris Yeltsin e o Parlamento russo.⁷¹ A Corte de Zorkin declarou a inconstitucionalidade do decreto editado por aquele em 1993, no qual se dissolvia o Parlamento e o próprio Zorkin abertamente criticou Yeltsin pelo seu desapego ao Estado de Direito.⁷² Após assumir a presidência, Putin saudou a referida decisão da Corte contra Yeltsin, declarando que a corte tinha lutado legitimamente contra “políticos que apelavam para expedientes políticos ao invés dos padrões jurídicos”.⁷³ A atual Corte Constitucional russa, presidida por Zorkin, retribuiu o elogio de Putin enfaticamente. Decisões recentes mantiveram legislação favorável ao governo, tais como a lei que concede ao Presidente a autoridade para nomear governadores regionais, argumentando que a Rússia necessita de um executivo forte no contexto da frágil transição democrática.⁷⁴

Para ganhar o apoio deles, os governantes no poder podem recompensar estrategicamente juízes com o aumento de poder, especialmente em áreas com pouca importância para o controle político. Por exemplo, o apoio de Zorkin ao governo de Putin fez com que a Corte retomasse muitas das suas antigas competências.⁷⁵ O mesmo poder executivo errante contra o qual Zorkin controverteu nos anos 90 tornou-se mais palatável uma vez que o mesmo poder foi utilizado para reforçar os poderes de Zorkin e da Corte.⁷⁶

O controle judicial de constitucionalidade pode também ser empregado para manter o controle sobre a grave hierarquia administrativa e mitigar os problemas entre representante e representado que podem surgir quando os agentes do baixo escalão administrativo falham em agir no melhor interesse do mandante, no caso, dos atuais ocupantes do poder.⁷⁷ Possibilidades em torno da confiança judicial podem permitir desafiar as ações dos agentes públicos subordinados,⁷⁸ servindo a dois propósitos. Primeiramente, o controle judicial das ações administrativas proporciona uma função de legitimação, especialmente em estados nos quais a corrupção ou abuso dos recursos públicos podem ser um lugar comum. O controle judicial

⁷¹ Idem. p. 40.

⁷² Idem. p. 41-41.

⁷³ Idem. p. 41. (citações diretas omitidas)

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Idem. p. 43.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ MOUSTAFA; GINSBURG, nota 58, p. 7-8.

⁷⁸ Idem. p. 7.

provê a aparência, ou mesmo o controle efetivo, em torno de algum nível de fiscalização nas práticas administrativas errantes. Em segundo lugar, ele também permite que as elites políticas monitorem as ações dos subordinados administrativos e os disciplinem quando necessário,⁷⁹ mitigando o problema da relação entre representante e representado.

Um judiciário relativamente autônomo pode ser útil na consolidação da autoridade e contenção do poder político. Um judiciário assim empoderado pode salvaguardar os interesses das elites autoritárias, mesmo quando elas forem depostas. Por exemplo, os indicados de Mubarak para as cortes do Egito têm tomado uma série de decisões após ele deixar o poder, – como aquela que banuiu a Irmandade Muçulmana – aparentando promover configurações políticas que existiam durante a autocracia de Mubarak.⁸⁰

III.I.II Reforçando as credenciais democráticas

Além de recrutar as cortes para consolidar o controle, o controle judicial de constitucionalidade pode ser também usado para reforçar as credenciais democráticas interna e externamente. O controle judicial retrata o sistema constitucional para o mundo como aquele que garante os freios e contrapesos contra um governo arbitrário,⁸¹ especialmente onde o judiciário desfruta de uma melhor reputação que os poderes políticos como um órgão relativamente neutro e imparcial. Isso, por sua vez, serve para promover a imagem do regime ante as audiências domésticas e internacionais, permitindo que o governo mencione a independência judicial para responder quaisquer críticas em torno de práticas antidemocráticas.⁸²

Para o judiciário desempenhar essa função legitimadora, ele deve desfrutar de relativa autonomia dos poderes políticos e, pelo menos ocasionalmente, agir contra os desejos daqueles

⁷⁹ Idem. REMY NASH, Jonathan; I. PARDO, Rafael no **Essay, Dirty Silver Platters: The Enduring Challenge of Intergovernmental Investigative Illegality**, 99 **IOWA L. REV.** 331 (discutindo o problema da representação em recursos em torno de decisões de falência e não encontrando nenhum dado empírico em torno de tal questão)

⁸⁰ NASRALLA, Shadia. Egyptian Court Bans Muslim Brotherhood, **REUTERS** (Sept. 23, 2013, 6:40 PM). Disponível em: <http://www.reuters.com/article/2013/09/23/us-egypt-brotherhood-idUSBRE98M0QR2 0130923>.

⁸¹ MOUSTAFA; GINSBURG, nota 58, p 5–6.

⁸² Idem. p. 6.

no poder.⁸³ As atuais lideranças políticas podem tolerar, ou até mesmo saudar, decisões adversas do judiciário para manter a aparência de freios e contrapesos, na medida em que o judiciário não represente uma ameaça real às áreas centrais do controle político. Por exemplo, sob Mubarak, o judiciário egípcio desfrutou de uma ampla independência judicial até o início dos anos 2000.⁸⁴ A corte desfrutou de autonomia estrutural dos poderes políticos e também utilizou seletivamente o poder do controle de constitucionalidade para expandir e proteger as liberdades individuais.⁸⁵ A corte também descobriu fraude eleitoral em centenas de eleições e requereu supervisão judicial nas eleições de 2000.⁸⁶ Notavelmente, o governo Mubarak cumpriu tais decisões.⁸⁷ Ao mesmo tempo, no entanto, ele absteve-se fortemente em aceitar qualquer disputa em torno das leis de emergência ou do julgamento de civis por tribunais militares, os quais compunham os instrumentos principais do controle autoritário no Egito.⁸⁸ De modo semelhante, a mesma Corte de Zorkin que manteve a agenda reformista de Putin, como discutido anteriormente, também aceitou várias disputas constitucionais em torno de leis penais e de vigilância que miraram membros da oposição.⁸⁹

A legitimidade proporcionada por cortes autônomas pode também ser útil para atrair investimento estrangeiro e comércio.⁹⁰ O controle judicial de constitucionalidade pode garantir segurança jurídica aos investidores estrangeiros ao proteger os direitos de propriedade e assegurar estabilidade econômica, especialmente em regimes com algum nível de corrupção

⁸³ Idem.

⁸⁴ OTTAWAY, nota 33, p. 45.

⁸⁵ J. BROWN, Nathan. Carnegie Endowment For Int'n Peace, Egypt's Judges in a Revolutionary Age 3 (2012), disponível em http://carnegieendowment.org/files/egypt_judiciary.pdf (pontuando que na administração dos presidentes Anwar Sadat e Hosni Mubarak, "a Suprema Corte do Egito evoluiu para um modelo mais independente, o qual de fato proferiu uma série de decisões politicamente inconvenientes para o regime entre 1980 e início dos anos 2000, sendo que, em alguns anos, decidiu pela inconstitucionalidade em maior número de vezes do que pela constitucionalidade de leis) No início dos anos 2000, após o falecimento do Presidente da Suprema Corte, Mubarak capturou a Corte com apoiadores. B. LOMBARDI, Clark. Egypt's Supreme Constitutional Court: Managing Constitutional Conflict in an Authoritarian, Aspirationally 'Islamic' State, 3 **J. COMP. L.** 234, 250–51 (2008).

⁸⁶ OTTAWAY, nota 33, p. 45.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem. p. 44-45. (descrevendo o uso do estado de emergência para manter o controle e transferir casos sensíveis para os tribunais militares)

⁸⁹ PARTLETT, nota 63, p. 43.

⁹⁰ MOUSTAFA; GINSBURG, nota 58, p. 8–9 (descrevendo, de um modo geral, os benefícios econômicos internacionais que um judiciário autônomo pode gerar).

governamental.⁹¹ Diante de tal razão, a Organização Mundial do Comércio (OMC) requer supervisão judicial em áreas ligadas ao comércio, fazendo com que uma comunidade internacional cética possa investir em determinado estado, a despeito de práticas antidemocráticas.⁹² Por exemplo, à Corte Constitucional egípcia foi garantido poder para interpretar a constituição, em parte para atrair investimentos estrangeiros e garantir aos investidores internacionais que a corte iria dissuadir quaisquer mudanças na economia de mercado.⁹³

III.I.III Evitando responsabilização política

O controle judicial de constitucionalidade também pode ser estabelecido para evitar a responsabilização ao delegar questões controversas ao judiciário.⁹⁴ Ao entrincheirar as preferências políticas num judiciário relativamente autônomo, o regime permite ao judiciário que proteja seus interesses, autorizando juízes a proferir decisões controversas que as elites políticas aprovam, mas não podem publicamente encampar, fazendo com que eles se protejam de qualquer responsabilização política no processo.⁹⁵ Por exemplo, numa série de decisões controversas, a Corte Constitucional egípcia superou políticas socialistas, para o entusiasmo da elite governante, a qual evitou o *backlash* político que teria ocorrido caso as reformas polêmicas tivessem ocorrido através do processo político.⁹⁶

⁹¹ Idem. p. 8.

⁹² ARIEL AARONSON, Susan; RODWAN ABOUHARD, M. **Unexpected Bedfellows: The GATT, the WTO and Some Democratic Rights**, 55 **INT'L STUD. Q.** 379, 382 (2011) (descrevendo a OMC e seus componentes regulatórios no interior do Estado de Direito).

⁹³ MOUSTAFA, Tamir. **The Struggle For Constitutional Power: Law, Politics, and Economic Development in Egypt** 76–79 (2007). Certamente, as garantias proporcionadas aos investidores estrangeiros podem ser limitadas na medida em que líderes autoritários afastem-se de seus compromissos iniciais e se tornem interessados em promover desapropriação, fazendo com que nem a constituição ou o controle judicial sejam suficientes para restringir o regime. TUSHNET, Mark. **Authoritarian Constitutionalism**, 100. **CORNELL L. REV.** 391, 426 (2015).

⁹⁴ MOUSTAFA; GINSBURG, nota 58, p. 9–10.

⁹⁵ HIRSCHL, nota 53, p. 39 (“Se a delegação de poderes pode aumentar o crédito e/ou reduzir a culpa atribuída aos políticos como o resultado da política levada a cabo pelo órgão delegado, tal delegação pode ser benéfica para o político”). A. GRABER, Mark. **The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary**, 7 **STUD. AM. POL. DEV.** 35, 43 (1993) (pontuando que o Partido dominante “roga que o eleitorado culpe o judiciário pelas escolhas políticas controversas”).

⁹⁶ MOUSTAFA, nota 90, p. 6–9.

III.II Ações judiciais por ofensas à honra

No início de 1765, John Adams escreveu que “liberdade não pode ser preservada sem um conhecimento geral entre as pessoas que ostentam tal direito... e uma disposição para conhecer... as características e condutas dos seus governantes”.⁹⁷ A mídia, organizações sem fins lucrativos, *think tanks* e outros grupos independentes desempenham um papel crucial como fiscais em promover um governo transparente, ao prover informação e comentários críticos acerca dos representantes do povo e respectivas políticas.⁹⁸

Leis regendo crimes contra a honra, as quais existem em variadas formas em todos os países democráticos, têm se tornado um poderoso instrumento para minar a habilidade do público em monitorar seus líderes políticos. Muito embora as definições variem, um ataque à honra geralmente refere-se a uma declaração escrita que difama alguém ao atingir sua reputação.⁹⁹ Lançados contra dissidentes, processos por crimes contra a honra podem aumentar os custos da crítica ao expor o declarante a um custoso processo judicial cível ou penal, criando um “efeito silenciador” no discurso, levando a uma autocensura em torno de comentários críticos.¹⁰⁰ Uma cultura de autocensura pode minar a habilidade pública em observar o comportamento daqueles no poder, a obtenção de informações críticas acerca das ações e omissões deles e a mitigação da assimetria informacional entre o regime e os cidadãos.¹⁰¹ Isso, por sua vez, cerceia a habilidade pública em efetivamente recompensar ou punir o

⁹⁷ ADAMS, John. A Dissertation on The Canon and Feudal Law (1765), reimpresso em: 3 The Works of John Adams 447, 456 (C. LITTLE, Charles; BROWN, James eds., 1851).

⁹⁸ BESLEY, Timothy. **Principled Agents?: The Political Economy of Good Government** 37 (2006).

⁹⁹ Cummins x Suntrust Capital Mkts., Inc., 649 F. Supp. 2d 224, 238 (S.D.N.Y. 2009).

¹⁰⁰ Dyuldin x Russia, App. No. 25968/02 ¶ 43 (Eur. Ct. H.R. July 31, 2007). Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82038>. Como a Corte Europeia de Direitos Humanos explicou: “Se a todos os agentes estatais for permitido processar por difamação em casos de quaisquer declarações críticas à Administração Pública... jornalistas iriam ser inundados por ações judiciais. Isso não resultaria unicamente num fardo excessivo e desproporcional sendo alocado na mídia, drenando seus recursos e envolvendo-a em litigância interminável, mas também, inevitavelmente, acarretaria um efeito silenciador na imprensa no desempenho de sua tarefa de fornecer a informação e atuar como fiscal público”. Idem.

¹⁰¹ BESLEY, nota 95, p. 37, 99; FERREJOHN, John. Incumbent Performance and Electoral Control, 50 **PUB. CHOICE** 5, 10 (1986) (“Com informações perfeitas, o eleitor é capaz de extrair o maior benefício na transação... intuitivamente, quanto mais vantagem informacional os agentes públicos disponham, maior será a habilidade deles em obter ativos daquele no poder”); M. MOE, Terry. The New Economics of Organization, 28 **AM. J. POL. SCI.** 739, 767 (1984) (destacando que a assimetria informacional desiguala a habilidade dos grupos menos informados em efetivamente fiscalizar e controlar o comportamento do grupo mais informado).

comportamento das lideranças políticas, fazendo com que o campo eleitoral incline-se a favor destes,¹⁰² exacerbando o problema da representação política, a qual refere-se ao fracasso dos representantes (políticos) em agir no melhor interesse dos representados (cidadãos). O debate político está no centro de uma sociedade democrática,¹⁰³ e o uso excessivo de processos por crimes contra a honra contra dissidentes políticos pode sufocar o discurso político necessário para o funcionamento saudável do mercado democrático. Mesmo quando o processo judicial não tem sucesso, os custos de um litígio prolongado podem intimidar até mesmo os oponentes mais prósperos, detendo os comentários críticos.

Durante o movimento dos direitos civis nos Estados Unidos, por exemplo, diversos agentes públicos sulistas utilizaram processos judiciais para silenciar críticos e frear a cobertura da mídia sobre a luta por tais direitos.¹⁰⁴ A ausência de um escrutínio na mídia nacional teria permitido aos segregacionistas derrubar o ativismo em torno dos direitos civis impunemente.¹⁰⁵ Por exemplo, em 1964, agentes públicos sulistas ajuizaram numerosas ações buscando indenização contra empresas de mídia e líderes dos direitos civis, as quais totalizaram 388 milhões de dólares em danos.¹⁰⁶ A famosa decisão da Suprema Corte acerca da interpretação da primeira emenda no caso *New York Times Co. x Sullivan*, em si, já correspondeu a um processo por crime contra a honra ajuizado pelo comissário de polícia Lester Sullivan em Montgomery, Alabama, contra o *New York Times*, o qual publicara uma propaganda com acusações acerca da brutalidade policial contra ativistas dos direitos civis.¹⁰⁷ *Sullivan* e outros casos semelhantes pleiteavam um total de 5.6 milhões de dólares em danos, os quais “ameaçavam a saúde financeira do *Times*”.¹⁰⁸ Processos desse tipo também intimidam outras

¹⁰² GILBERT; MOHSENI, nota 8, p. 285 (“Tais regimes que ... limitam os caminhos possíveis para participação dos cidadãos na vida econômica, social e política... ostentam competição injusta”).

¹⁰³ Roth x United States. 354 U.S. 476, 484 (1957) (destacando que o discurso político está no centro da Primeira Emenda); Lingens x Áustria, 103 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 11, 26 (1986) (elencando que “Liberdade de expressão ... constitui o fundamento essencial de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para seu progresso e desenvolvimento de cada indivíduo”).

¹⁰⁴ EDMONDSON, Aimee. In *Sullivan’s Shadow: The Use and Abuse of Libel Law Arising from the Civil Rights Movement, 1960–89*, 37 *JOURNALISM HIST.* 27 (2011).

¹⁰⁵ Idem. p. 28.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ N.Y. Times Co. x Sullivan. 376 U.S. 254, 256 (1964).

¹⁰⁸ EDMONDSON, nota 101, p. 28.

publicações, as quais poderiam enviar um repórter para cobrir manifestações em torno dos direitos civis no Sul sob o risco iminente de enfrentar um processo custoso.¹⁰⁹ A decisão da Suprema Corte nos Estados Unidos em Sullivan criou um elevado limite para processos por crimes contra a honra ajuizados por pessoas públicas e requereu a demonstração do dolo (o conhecimento da falsidade ou um desrespeito irresponsável pela verdade),¹¹⁰ freando o que poderia ter sido um massacre com o ajuizamento de ações semelhantes contra a cobertura da imprensa em torno dos movimentos dos direitos civis.¹¹¹

Em muitos casos, o uso de tais processos judiciais para silenciar dissidentes é menos custoso do que a repressão aberta. Intimidação aos dissidentes através de grave ameaça ou violência é mesmo mais eficiente que prolongados processos judiciais, os quais podem produzir resultados incertos. Mas a repressão aberta aos dissidentes através de meios não jurídicos também pode causar danos à credibilidade e à legitimidade do governo, tanto interna como externamente. A resposta do governo à liberdade de expressão a partir de repressão direta pode servir para unir ativistas contra o governo, fortalecendo a posição deles e permitindo que consigam nivelar a repressão para obter algum apoio, interna ou externamente, ao movimento.¹¹² Em Singapura, por exemplo, banir uma publicação, normalmente, aumenta a visibilidade dela e proporciona os meios para atacar aqueles no poder em face da restrição à liberdade de expressão.¹¹³ De modo semelhante, na Turquia, a apreensão feita pelo governo de um livro ainda não publicado e intitulado “O exército do *Imã*” – o qual descrevia a infiltração de membros de um movimento islâmico na polícia turca – teve o efeito oposto ao esperado na medida em que atraiu mais atenção para a obra.¹¹⁴ O texto do livro foi publicado *on-line* e foi

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ SULLIVAN. 376 U.S. p. 279–80.

¹¹¹ EDMONDSON, nota 101, p. 27–28; LEWIS, Anthony. **Make no Law**: The Sullivan Case and The First Amendment 153–63 (1991) (analisando os impactos da decisão em Sullivan no direito constitucional).

¹¹² J. CHUA, Lynette. **Pragmatic Resistance, Law, and Social Movements in Authoritarian States**: The Case of Gay Collective Action in Singapore, 46 **LAW & SOC’Y REV.** 713, 719 (2012); cf. CHENOWETH, Erica; J. STEPHAN, Maria. **Why Civil Resistance Works**: The Strategic Logic of Nonviolent Conflict 50 (2011) (“Retaliação cria uma situação na qual a resistência iguala os erros de cálculos do regime em sua própria vantagem, na medida em que atores domésticos e internacionais que apoiam o regime mudam seu apoio para a oposição tendo em vista as ações específicas tomadas pelo regime”)

¹¹³ SILVERSTEIN, nota 12, p. 88.

¹¹⁴ GOTTSCHELICH, Jürgen. ‘**The Imam’s Army**’: Arrested Journalist’s Book Claims Turkish Police Infiltrated by Islamic Movement, **SPIEGEL ONLINE INT’L** (Apr. 6, 2011, 7:03 PM).

baixado por mais de 100.000 leitores em um único dia, sendo que muitos deles talvez não tivessem lido o livro, não fosse a publicidade gerada pela referida apreensão.¹¹⁵

Em contraste, o uso de processos em face de crimes contra a honra provavelmente não imporá ao regime os mesmos custos envolvidos caso a repressão aberta fosse utilizada. Certamente, o uso seletivo dos processos na direção de dissidentes, especialmente jornalistas proeminentes, pode também chamar atenção das audiências interna e externa. Mesmo assim, caso tais processos se fundamentem em leis em vigor – como normalmente ocorre – tal uso pode esconder a intimidação aos dissidentes como uma normal aplicação do Estado de Direito. Isso, por sua vez, torna mais difícil diferenciar o uso legítimo do abuso. Além disso, qualquer crítica direcionada ao regime pode também ser mitigada tendo em vista que os processos tramitam em um judiciário relativamente autônomo, com a possibilidade de revisão dos julgamentos por cortes supranacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, analisando-se a conformidade com normas internacionais.

O uso de processos civis contra críticos do governo em tais casos tem sido popular na Rússia atual. Muito embora não haja dados conclusivos acerca do número de ações por difamação ajuizadas a cada ano, alguns relatórios indicam algo entre 5.000 e 10.000 casos de difamação ajuizados anualmente.¹¹⁶ O Centro de Defesa da Mídia de Massa estima que, aproximadamente, 60% de todos os casos de difamação são ajuizados contra jornalistas.¹¹⁷

Além dos processos civis, acusações criminais também são normalmente levadas a cabo contra jornalistas russos e companhias de mídia. Após o retorno de Vladimir Putin à presidência em maio de 2012, ele “reintroduziu a responsabilização penal por crimes contra a honra”, a qual havia sido despenalizada pelo Presidente Dmitry Medvedev em novembro de 2011.¹¹⁸ Notavelmente, o projeto de lei foi apoiado pelo Sindicato dos Jornalistas da Rússia sediado em Moscou.¹¹⁹ O Presidente do Sindicato explicou que ele é “categoricamente contra artigos

<http://www.spiegel.de/international/world/the-imam-s-army-arrested-journalist-s-book-claims-turkish-police-infiltrated-by-islamic-movement-a-755508.html>.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Artigo 19. **The Cost of Reputation: Defamation Law and Practice in Russia** 27–28 (2007). Disponível em: <http://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/russia-defamation-rpt.pdf>.

¹¹⁷ Idem. p. 28.

¹¹⁸ PARTLETT, nota 63, p. 43.

¹¹⁹ MILASHINA, Elena. Criminalization of Speech a Serious Setback for Russia, Committee to Protect Journalists

difamatórios ou encomendados” e aqueles que os escrevem e publicam “devem ser responsabilizados”.¹²⁰ A lei também permite a reabertura de processos por crimes contra a honra que “foram suspensos ou rejeitados” durante o mandato de Medvedev.¹²¹ Desde 2004, jornalistas russos condenados por difamação ajuizaram 36 pedidos na Corte Europeia de Direitos Humanos alegando violação ao artigo 10 (liberdade de expressão) da Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹²² Autoridades russas aceitaram a jurisdição da Corte, muito embora relutantemente, e podem pagar alguma compensação que seja devida aos autores dos pleitos.¹²³ Mesmo assim, a Corte não tem conseguido prevenir o massacre em torno dos processos por difamação, os quais continuam prevalecendo.¹²⁴

De modo semelhante, a Turquia tem recentemente experimentado um aumento dos processos por crimes contra a honra contra críticos do governo. Durante seu mandato como Primeiro-Ministro, Recep Tayyip Erdogan:

Processou possivelmente centenas de indivíduos por insultá-lo... incluindo um estudante de teatro que faz encenações vestindo longas asas negras ao estilo *hippie*; irmãos desempregados que postaram uma música sobre o Sr. Erdogan na internet; e um professor contrário à guerra no Iraque, ativista e cartomante britânico que fez uma montagem retratando a cabeça do Sr. Erdogan num cachorro.¹²⁵

Em julho de 2013, o famoso jornalista Ahmet Altan foi multado em 2.800 euros por insultar Erdogan num artigo.¹²⁶ Em outro caso, Erdogan processou o colunista Mahir Zeynalov pelas suas postagens no *twitter* sobre investigações de corrupção que miravam muitos agentes públicos do alto escalão do governo turco em dezembro de 2013.¹²⁷ Em maio de 2014, outro

(Aug. 23, 2012, 5:04 PM). <http://cpj.org/blog/2012/08/criminalization-of-defamation-a-serious-setback-fo.php>.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

¹²³ JEFFRIES, Ian. Political Developments in Contemporary Russia 557 (2011) (“Consideramos algumas decisões da Corte europeia como políticas... mas a despeito do fato de que não concordamos com certas decisões em princípio, nós as cumpriremos”. (citando Sergei Lavrov, Ministro das Relações Exteriores russo).

¹²⁴ SAVIC, Iva. The Russians and the Courts, **N.Y. TIMES** (Aug. 10, 2007). <http://www.nytimes.com/2007/08/10/opinion/10iht-edsavic.1.7073484.html?> (pontuando que “A Rússia faz pouco esforço aparente em prevenir novas violações” da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

¹²⁵ CHAMPION, Marc. Call the Prime Minister a Turkey, Get Sued, **WALL ST. J.** (June 7, 2011). <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304563104576357411896226774>.

¹²⁶ KARACA, Ekin. Journalist Ahmet Altan Receives 11 Months of Prison, **BIANET** (July 18, 2013, 5:49 PM). <http://bianet.org/english/freedom-of-expression/148576-journalist-ahmet-altan-receives-11-months-of-prison>.

¹²⁷ ARANGO, Tim. In Scandal, Turkey’s Leaders May Be Losing Their Tight Grip on News Media, **N.Y. TIMES**

proeminente jornalista foi processado por promover uma “campanha psicológica” para difamar Erdogan no *twitter*.¹²⁸

A Turquia também empregou outras leis contra jornalistas, incluindo aquelas proibindo “quebra da confidencialidade de uma investigação” e “influência no julgamento justo” através da cobertura da imprensa.¹²⁹ Muitas dessas leis foram cuidadosamente construídas para se compatibilizar com a provisão em torno da liberdade de expressão prevista no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual permite limitações em tal direito fundamental “para a proteção da reputação ou direitos das pessoas, a prevenção de divulgação de informação sigilosa recebida numa relação de confiança ou para manter a autoridade e imparcialidade do judiciário”.¹³⁰ Em julho de 2012, em resposta à pressão europeia, o governo turco efetivou amplas mudanças aparentes em tais leis, mantendo, no entanto, o extenso arsenal de leis em torno de crimes contra a honra para usar como tacões contra críticos e dissidentes.¹³¹ Tal arsenal, e seus efeitos na cobertura da mídia, foram amplamente demonstrados durante os protestos disseminados contra o governo no verão de 2013. Em 7 de junho de 2013, no ápice dos protestos, seis populares e tradicionais jornais publicaram manchetes idênticas, todos alardeando o comprometimento de Erdogan com a democracia.¹³²

Em Singapura, o governo também tentou responder aos comentários críticos “instantaneamente e com enorme esforço litigante”.¹³³ Estes processos têm sido bem-sucedidos em fazer com que muitas publicações proeminentes revejam sua postura.¹³⁴ Por exemplo, para prevenir um ataque de processos por crimes contra a honra, *Dow Jones & Company* desculpam-se por diversos artigos publicados no *Asian Wall Street Journal* em 1985, 1986 e

(Jan. 11, 2014), <http://www.nytimes.com/2014/01/12/world/europe/in-scandal-turkeys-leaders-may-be-losing-their-tight-grip-on-news-media.html>.

¹²⁸ Erdoğan Sues Journalist for Retweeting Critical Posts, **TODAY'S ZAMAN** (May 13, 2014, 10:29 PM), <http://www.todayszaman.com/news-347728-erdogan-sues-journalist-for-retweeting-critical-posts.html>.

¹²⁹ Coom. To Protect Journalists, Turkey's Press Freedom Crisis 27 (2012). Disponível em: <http://cpj.org/reports/Turkey2012.English.pdf>.

¹³⁰ Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Art. 10.2. Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

¹³¹ Coom. to Protect Journalists, nota 126.

¹³² UTKU BILA, Sibel. Young Turks Use 'Disproportionate Wit' to Shake Up Erdogan, **AL-MONITOR**. (June 9, 2013), <http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2013/06/turkey-protests-humor-resistance.html>.

¹³³ SILVERSTEIN, nota 12, p. 90.

¹³⁴ Idem. p. 90-91.

1989, retirando artigos na *Far Eastern Economic Review*, outra publicação da propriedade da *Dow Jones*.¹³⁵ De modo semelhante, o *International Herald Tribune*, propriedade do *New York Times* e do *Washington Post*, fez pedido de desculpas pela publicação de artigos e processos contra o *The Economist*, e também produziram a retirada de textos, pedidos de desculpas e significativos julgamentos em 1993, 2004 e 2005.¹³⁶ Processos por crimes contra a honra em Singapura são instrumentos particularmente efetivos do autoritarismo furtivo, desde que as regras eleitorais em tal País proibiram as pessoas condenadas por falência, que ainda estejam pagando suas dívidas, de assumir um cargo público.¹³⁷ Por exemplo, entre 1971 e 1993, 11 líderes de oposição declararam falência após serem processados, tornando-se inelegíveis para cargos públicos.¹³⁸

Exemplos de outras nações são abundantes. Na Malásia, o Primeiro-Ministro Mahathir Mohamad ajuizou de modo desenfreado diversas ações para silenciar dissidentes.¹³⁹ De modo semelhante, o governo de Camarões processou 50 jornalistas por crimes contra a honra no final dos anos 90 e multou diversos jornais, levando-os a encerrar as atividades.¹⁴⁰ Na Croácia, o governo ajuizou 230 ações em 1997 contra jornais independentes.¹⁴¹ Em algumas nações, como Bielorrússia, Camboja e Rússia – o uso reiterado de processos desse tipo levaram ao fechamento de muitas empresas de mídia.¹⁴² Em outros casos – como na Malásia, Ucrânia e Turquia – a ameaça de processos causou autocensura generalizada,¹⁴³ a qual em si fragilizou a habilidade pública em monitorar e sancionar seus respectivos líderes.

Certamente, as leis protegendo a honra existentes em tais regimes não são réplicas precisas daquelas existentes em regimes democráticos. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, impõe elevados padrões de prova em processos de difamação que atingem figuras

¹³⁵ Idem. p. 91.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ TUSHNET, nota 90, p. 401–02.

¹³⁸ THIO, Li-ann. *Lex Rex or Rex Lex? Competing Conceptions of the Rule of Law in Singapore*, 20 **UCLA PAC. BASIN L.J.** 1, 19–20 (2002).

¹³⁹ Felker, Greg. *Malaysia in 1999: Mahathir's Pyrrhic Deliverance*, 40 **ASIAN SURV.** 49, 51 (2000).

¹⁴⁰ LEVITSKY; WAY, nota 6, p. 9.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem.

públicas, tais como proeminentes políticos, os quais devem demonstrar que a declaração difamatória foi publicada com dolo.¹⁴⁴ Em contraste, em Singapura, tanto figuras públicas como privadas estão sujeitas aos mesmos padrões probatórios.¹⁴⁵ A abordagem de Singapura, no entanto, não representa um ponto fora da curva extremo, pois diversos regimes jurídicos com credenciais democráticas favoráveis também rejeitam aquele elevado padrão probatório para figuras públicas em casos de difamação.¹⁴⁶ Por exemplo, a Alta Corte da Austrália distribui o ônus da prova, não para o agente público, mas para o emissor da mensagem, o qual deve provar que a informação publicada é verdadeira, não foi publicada de modo imprudente e a decisão para publicar foi justificável.¹⁴⁷ O modelo australiano tem sido influente em diversas outras jurisdições, incluindo a África do Sul.¹⁴⁸ As regras eleitorais de Singapura, as quais banem indivíduos falidos da disputa eleitoral, também não são incomuns.¹⁴⁹ Como observa Mark Tushnet, com a possível exceção em torno da regra que impõe altas indenizações por ofensas à honra que o alvo é um agente público, as regulações que Singapura impõem na liberdade de expressão apresentam homólogos em nações normalmente consideradas como constitucionais.¹⁵⁰

Outra variação nas leis regulando as ofensas à honra diz respeito à natureza criminal. A Rússia, por exemplo, apresenta tanto leis penais como civis contra difamação. A difamação não é criminalizada em muitos regimes democráticos, e várias organizações internacionais têm apelado para a abolição de tal seara penal.¹⁵¹ Há, no entanto, democracias estabelecidas com leis penais tipificando a difamação. Em 2005, 17 estados e dois territórios dos Estados Unidos

¹⁴⁴ N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 279–80 (1964) (sustentando que agentes públicos devem provar que a declaração difamatória “foi feita com dolo – ou seja, com conhecimento de que era falsa ou com atitude imprudente acerca da falsidade ou não”) A Corte Europeia de Direitos Humanos adotou abordagem similar. See Lingens v. Áustria, 103 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 11, 26 (1986) (“Os limites da crítica aceitável são... mais amplas no que tange aos políticos do que em relação aos indivíduos privados.”)

¹⁴⁵ SILVERSTEIN, nota 12, p. 89–90.

¹⁴⁶ TUSHNET, nota 90, p. 458 (destacando que muito embora as leis iliberais de Singapura sejam “velhas”, elas parecem estar “nos limites do constitucionalismo liberal”).

¹⁴⁷ DOCHERTY, Bonnie. **Defamation Law: Positive Jurisprudence**, 13 **HARV. HUM. RTS. J.** 263, 276–77 (2000).

¹⁴⁸ Idem. p. 278. (citando *Nat'l Media Ltd. & Others v. Bogoshi* 1998 (4) SA 1196 (CC) at 1210 (S. Afr.).

¹⁴⁹ TUSHNET, nota 90, p. 402 n. 45.

¹⁵⁰ Idem. p. 409.

¹⁵¹ DOCHERTY, nota 144, p. 272.

apresentavam tipos penais criminalizando delitos contra a honra.¹⁵² De modo semelhante, Itália e Canadá criminalizam a difamação¹⁵³ e o Reino Unido assim o fazia até 2009.¹⁵⁴ A Corte Europeia de Direitos Humanos também tem permitido aos estados membros adotar leis penais contra difamação.¹⁵⁵ Muito embora o processo penal carregue um grande estigma social, bem como a possibilidade de imposição de prisão, condenações penais normalmente demandam um elevado padrão probatório e jurados podem fixar, como efetivamente tem ocorrido, indenizações em processos civis que excedem significativamente o máximo das multas penais por difamação.¹⁵⁶

III.III Leis eleitorais

Um terreno particularmente fértil para o autoritarismo furtivo é a estruturação das leis eleitorais. Como Richard Pildes explica, “o processo democrático deve se estruturar através do direito, mas aqueles que controlam a formatação de tais leis são em si atores políticos interessados”.¹⁵⁷ Como tais leis proporcionam as regras básicas para o jogo democrático, elas

¹⁵² **Org. For Sec. & Co-Operation in Europe, Libel and Insult Laws: A Matrix on Where We Stand and What We Would Like to Achieve** 171 (2005). Disponível em: <http://www.osce.org/fom/41958?download=true>. Tais Estados e territórios incluem Colorado (COLO. REV. STAT. § 18-13-105 (repealed 2012)), Flórida (FLA. STAT. §§ 836.01–11 (2012)), Idaho (IDAHO CODE ANN. §§ 18-4801 to -4809 (2014)), Kansas (KAN. STAT. ANN. § 21-4004 (repealed 2011)), Louisiana (LA. REV. STAT. ANN. § 14:47 (2014)), Michigan (MICH. COMP. LAWS § 750.370 (2014)), Minnesota (MINN. STAT. § 609.765 (2014)), Montana (MONT. CODE ANN. § 45-8-212 (2014)), New Hampshire (N.H. REV. STAT. ANN. § 644:11 (2014)), Novo México (N.M. STAT. ANN. § 30-11-1 (2014)), Carolina do Norte (N.C. GEN. STAT. § 14-47 (2014)), Dakota do Norte (N.D. CENT. CODE § 12.1-15-01 (2013)), Oklahoma (OKLA. STAT. tit. 21, §§ 771–781 (2014)), Utah (UTAH CODE ANN. § 76-9-404 (2014)), Virginia (VA. CODE ANN. § 18.2-417 (2014)), Washington (WASH. REV. CODE § 9.58.010 (repealed 2009)), Wisconsin (WIS. STAT. § 942.01 (2014)), Puerto Rico (P.R. LAWS ANN., tit. 33, §§ 4101–4104 (repealed 2005)), and the Virgin Islands (V.I. CODE ANN. tit. 14, § 1172 (2014)).

¹⁵³ **Org. For Sec. & Co-Operation in Europe**, nota 149, p. 78 (Italy); *Idem.* p. 39 (Canada).

¹⁵⁴ Notícia. **Article 19, United Kingdom: Defamation Decriminalised** (Nov. 13, 2009). Disponível em: www.article19.org/data/files/pdfs/press/united-kingdom-defamation-decriminalised.pdf.

¹⁵⁵ *Castells v. Spain*, 14 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 445, 477 (1992) (Frowein & Basil, dissenting) (“Permanece aberta às autoridades do Estado competente a possibilidade de adotar leis, de acordo com a capacidade em garantir a ordem pública... *mesmo apresentando natureza penal*, com intuito de reagir apropriadamente e sem excesso às acusações difamatórias” (destaque adicionado)).

¹⁵⁶ *DOCHERTY*, nota 144, p. 272; *City of Chicago v. Tribune Co.*, 139 N.E. 86, 90 (1923) (“Um governo despótico ou corrupto pode mais facilmente extirpar a oposição a partir de uma série de ações civis do que recorrendo ao processo penal”).

¹⁵⁷ *PILDES*, nota 22, p. 126.

estão prontas para manipulação por líderes políticos auto-interessados com o propósito de isolá-los de qualquer disputa democrática significativa. As leis eleitorais regulam as condições sob as quais uma eleição vai ocorrer, as condições de elegibilidade para obter a representação política, o método para agregar os votos individuais e uma série de outras decisões com consequências significativas.¹⁵⁸ Tais leis podem ser reconfiguradas com um propósito aparentemente legítimo e neutro em torno da eliminação da fraude eleitoral ou promoção da estabilidade política para aumentar os custos de retirar os atuais líderes do poder.¹⁵⁹

Certamente, a prevenção à fraude e a proteção da estabilidade política são interesses estatais importantes. A fraude eleitoral em si pode levar ao fortalecimento do poder extrajurídico e a instabilidade política pode criar vácuos no poder, conduzindo a mudanças não jurídicas na autoridade governamental, como se tem como um golpe militar. Algum nível de regulação é então necessário para o sistema eleitoral funcionar com integridade. Mas grandiosos interesses, como a equidade e a estabilidade, também podem mascarar propósitos mais insidiosos e não democráticos. Muito embora muitas regulações eleitorais – incluindo os conhecidos métodos como *gerrymandering*¹⁶⁰ nos distritos eleitorais – proporcionam terreno fértil para o autoritarismo furtivo,¹⁶¹ esta subseção discute três tipos não tão evidentes de leis eleitorais que estão especialmente sujeitas a abuso: a) leis regulando o alistamento eleitoral; b) restrições aos direitos políticos passivos¹⁶²; c) leis de financiamento de campanha.

III.III.I Leis regulando o alistamento eleitoral

As leis que regulam o alistamento eleitoral, as quais existem em praticamente todas as nações democráticas para garantir a igualdade eleitoral, oferecem a oportunidade para

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ OTTAWAY, nota 33, p. 141.

¹⁶⁰ Nota do tradutor: na nota 179, o autor esclarece que consiste tal prática.

¹⁶¹ PILDES, nota 22, p. 126 (destacando que no sul dos Estados Unidos, por mais de um século: “controle autoritário da política foi alcançado através de técnicas como o *gerrymandering* dos distritos eleitorais”).

¹⁶² Nota do tradutor: no original, o autor utilizou a expressão *electoral barriers to entry*. Como a subseção abordará práticas como a existência de elevadas cláusulas de barreira, compondo um obstáculo desproporcional, de acordo com os casos estudados, para o mais amplo exercício possível dos direitos políticos passivos, optou-se pela tradução da expressão como “restrições aos direitos políticos passivos”.

marginalizar parte da população.¹⁶³ Por exemplo, uma lei eleitoral adotada no Zimbabwe pelo Presidente Robert Mugabe determinou que os eleitores domiciliados na zona urbana, muitos dos quais opunham-se fortemente ao governo daquele, apresentassem a “prova do domicílio... para o alistamento nas eleições presidenciais de 2002”.¹⁶⁴ Tal lei teve o efeito de marginalizar milhares de pessoas que viviam com amigos ou família ou não pagavam contas de água ou de energia – uma maneira comum de provar o domicílio – pois não tinham acesso à eletricidade ou à água encanada.¹⁶⁵

O processo de alistamento eleitoral pode também criar obstáculos proibitivos ao voto daqueles em áreas rurais localizadas longe dos lugares oficiais para efetivação do registro.¹⁶⁶ Em alguns regimes, eleitores vivendo na zona rural, muitas vezes compondo áreas negligenciadas pelo governo, podem ser mais descontentes com aqueles no poder.¹⁶⁷ Tal insatisfação os tornam o alvo preferido para marginalização através de rigoroso processo de alistamento, o qual pode requerer que os eleitores rurais façam múltiplas viagens aos distantes centros de alistamento, efetivem o registro para, só assim, votarem.¹⁶⁸

As leis de alistamento eleitoral também podem ser empregadas para desencorajar ou promover a participação eleitoral daqueles que saíram de seu país de origem.¹⁶⁹ Senegal, por exemplo, estabelece cabines de votação em grandes cidades americanas e francesas para permitir a participação daqueles em diáspora, já que estes identificam-se com os atuais ocupantes do poder naquele Estado.¹⁷⁰ Por outro lado, o Presidente Hugo Chávez impediu o exercício dos direitos políticos ativos dos venezuelanos dissidentes que residiam em Miami e dificilmente o apoiariam.¹⁷¹ De modo semelhante, refugiados, os quais, normalmente, estão insatisfeitos com o atual governo, podem também ser excluídos da eleição sob a alegação

¹⁶³ OTTAWAY, nota 33, p. 141.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Idem. p. 142.

¹⁷¹ Idem.

pretensamente neutra de que residem fora do seu país de origem.¹⁷²

Leis regulando a identificação dos eleitores, as quais preveem que os eleitores provem a identificação para combater a fraude eleitoral, também são propensas ao abuso.¹⁷³ Tais leis existem em nações democráticas, tais como Estados Unidos, Alemanha e Canadá, e são normalmente adotadas com o propósito de prevenir fraude eleitoral. Mas elas também podem ser utilizadas para excluir eleitores de oposição da participação eleitoral.¹⁷⁴ Em muitas nações africanas, por exemplo, tais leis têm sido usadas para marginalizar minorias étnicas, cuja identificação formal é normalmente negada, ou que são excluídas como cidadãos de outras nações.¹⁷⁵ A adoção de leis regulando a identificação dos eleitores nos Estados Unidos também apresenta preocupação sobre tais discriminações. Democratas criticam tais leis argumentando que elas marginalizam os pobres, os quais estariam mais inclinados a apoiar o Partido Democrata.¹⁷⁶ Republicanos, por sua vez, sustentam que tais leis são necessárias para evitar fraude eleitoral.¹⁷⁷

III.III.II Restrições aos direitos políticos passivos

As restrições aos direitos políticos passivos compõem uma série de obstáculos, atingindo a habilidade de indivíduos e partidos políticos em competir nas eleições e obter representação legislativa. Tais limites são normalmente criados para prevenir confusão eleitoral e proteger a estabilidade política. Ainda assim, elas podem excluir partidos políticos e candidatos novos e emergentes, protegendo aqueles atualmente no poder e fortalecendo o *status quo* político.

Limites eleitorais, como a cláusula de barreira, compõem um bom exemplo de tal prática. Ela se refere ao percentual de votos que um partido político deve obter nas eleições

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Idem. p. 141.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ L. HANSEN, Richard. The Untimely Death of Bush v. Gore, 60 *STAN. L. REV.* 1, 19–20 (2007).

¹⁷⁷ Idem. p. 19.

nacionais para alcançar representação parlamentar.¹⁷⁸ Cláusulas de barreira existem em muitas nações democráticas que adotam o sistema proporcional de representação, incluindo Áustria (4%), República Tcheca (5%), Alemanha (5%) e Grécia (3%).¹⁷⁹ Elas são normalmente criadas para promover a estabilidade num mercado político fragmentado.¹⁸⁰ Muita competição política e diversos partidos políticos pequenos podem levar à formação de coalizões frágeis e instáveis, fomentando o impasse legislativo e instabilidade política.¹⁸¹

Muito embora estes sejam propósitos importantes, elevadas cláusulas de barreira podem também paralisar a competição política e inclinar de modo não razoável o campo político no sentido de favorecer àqueles atualmente no poder.¹⁸² Elevadas cláusulas de barreira enviesam a representação parlamentar, porque as cadeiras garantidas aos partidos que alcançam o limite tendem a ser significativamente desproporcionais ao número de votos que eles recebem. Cláusulas eleitorais também podem estabelecer elevadas restrições aos novos e emergentes partidos políticos. Tais partidos devem levantar fundos, organizarem-se, expandirem-se e obter

¹⁷⁸ ALKIN, Sinan. **Note, Under Representative Democracy: Why Turkey Should Abandon Europe 's Highest Electoral Threshold**, 10 **WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV.** 347, 351–52 (2011) (descrevendo a cláusula de barreira de 10% da Turquia).

¹⁷⁹ ÁLVAREZ-RIVERA, Manuel. **Parliamentary Elections in the Czech Republic—Elections to the Chamber of Deputies**, Election Resources on The Internet (última atualização em 25 de maio de 2014), <http://www.electionresources.org/cz/>; European Election Database: Austria, NORWEGIAN SOC. SCI. DATA SERVICES http://www.nsd.uib.no/european_election_database/country/austria/parliamentary_elections.html (última revisão em 23 de março de 2015); European Election Database: Germany, NORWEGIAN SOC. SCI. DATA SERVICES, http://www.nsd.uib.no/european_election_database/country/germany/european_parliament_elections.html (último acesso em 23 de março de 2015); *European Election Database: Greece*, NORWEGIAN SOC. SCI. DATA SERVICES, http://www.nsd.uib.no/european_election_database/country/greece/european_parliament_elections.html (último acesso em 23 de março de 2015).

¹⁸⁰ NORRIS, Pippa. **Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems**, 18 **INT'L POL. SCI. REV.** 297, 303 (1997) (pontuando que a representação proporcional nas eleições parlamentares correlaciona-se com a diversidade de pequenos partidos políticos)

¹⁸¹ GURSEL, Seyfettin. **Electoral Threshold Becomes a Critical Issue**, **TODAY'S ZAMAN** (July 29, 2013), http://www.todayszaman.com/columnists/%20seyfettin-gursel_322219-electoral-threshold-becomes-a-critical-issue.html (“Nossa opinião sobre a cláusula de barreira é esta: nos sistemas onde não há limites eleitorais, não se encontra confiança e estabilidade. Na última década, obtivemos estabilidade e confiança no nosso país, as quais foram possíveis graças à estruturação do governo sem coalizões. Não podemos ignorar isso... não queremos arruinar a performance do nosso país. (citando Recep Tayyip Erdogan, Primeiro Ministro turco)); **Less Is More: Russia Reduces Electoral Threshold**, RT (Oct. 21, 2011, 8:13 PM), <http://rt.com/news/prime-time/russia-reduces-electoral-threshold-325/> (pontuando que a cláusula de barreira de 7% na Rússia foi adotada “para estimular o processo de ampliação e estruturação dos partidos políticos”).

¹⁸² *Gerrymandering*, o qual refere-se à manipulação dos limites eleitorais, pode desempenhar papel similar em proteger aqueles que estão no poder da competição eleitoral. Tushnet, note 90, p. 458–59.

visibilidade nacional para se tornarem uma alternativa viável ao atual governo. Normalmente, este é um processo gradual. Um partido político emergente pode ser incapaz de alcançar uma cláusula de barreira elevada nas primeiras eleições que participa. Isso, por sua vez, retira do partido a visibilidade nacional que a representação parlamentar oferece e aloca impedimentos significativos para alcançar o reconhecimento nacional. A ausência de visibilidade nacional aumenta os custos para o partido político angariar financiamento político suficiente para organizar e estruturar uma campanha política capaz de elevar o partido para além da cláusula de barreira. Além disso, em nações com elevadas cláusulas de barreira, eleitores podem ser dissuadidos a votar em partidos novos ou menores sob o argumento de que “os votos não vão adiantar”.¹⁸³ Tais elevadas restrições podem oferecer vantagens sistemáticas aos atuais governantes e criar um círculo vicioso capaz de excluir pelo menos alguns partidos de oposição do mercado político.

Por exemplo, fixada em 10%, a cláusula de barreira turca é a mais elevada no mundo.¹⁸⁴ Para obter a representação no Parlamento, um partido político deve obter pelo menos 10% dos votos populares na eleição parlamentar geral.¹⁸⁵ Tal limite foi criado no início dos anos 80 com o propósito de reforçar a estabilidade política após duas décadas de frágeis coalizões governamentais.¹⁸⁶ Mas o limite também teve o efeito de enviesar significativamente a representação política na Turquia.

As eleições parlamentares de novembro de 2002 são ilustrativas. De um total de aproximadamente 32 milhões de votos, o Partido Justiça e Desenvolvimento (*Adalet ve Kalkınma Partisi*) obteve aproximadamente 11 milhões de votos e o Partido Republicano Popular (*Cumhuriyet Halk Partisi*) recebeu aproximadamente seis milhões de votos.¹⁸⁷ Os 15 milhões de votos restantes foram destinados a partidos que não alcançaram o limite.¹⁸⁸ Estes votos foram realocados entre os partidos que alcançaram a cláusula de barreira, fazendo com que o Partido Justiça e Desenvolvimento alcançasse 64% das cadeiras legislativas com somente

¹⁸³ TOKER, Cem. Why Is Turkey Bogged Down?, 7 **TURK. POL'Y Q.** 25, 28 (2008).

¹⁸⁴ Idem. p. 27.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ Yumak x Turkey, 2008 Eur. Ct. H.R. (GC) 425, 466.

¹⁸⁷ TOKER, nota 178, p. 27.

¹⁸⁸ Idem.

34% do voto popular.¹⁸⁹

Muito embora a cláusula de barreira na Turquia tenha se tornado alvo de crítica doméstica, ela foi sacramentada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Em 2008, a Corte decidiu que o limite de 10% não violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹⁹⁰ A Corte argumentou que, enquanto as eleições forem livres, levadas a cabo com a garantia do sigilo do voto e “garantidas pela liberdade de expressão e opinião das pessoas”, estados membros são livres para desenvolver as eleições como bem entenderem.¹⁹¹ Aplicando tal princípio, a Corte decidiu que o limite de 10% estava inserido na margem de apreciação garantida à Turquia, a qual, na compreensão da Corte, havia implementado o limite tendo em vista legítimas finalidades em prol da diminuição da fragmentação legislativa e da preservação do estado unitário.¹⁹²

Durante seu segundo mandato como Presidente russo, Vladimir Putin também elevou a cláusula de barreira de 5% para 7%.¹⁹³ Vários comentaristas argumentaram que o limite fora criado para solidificar a dominação da União Russa contra os políticos russos.¹⁹⁴ Com a União Russa no comando, Putin poderia obedecer o limite de dois mandatos presidenciais e se retirar do cargo em 2008 sem arriscar seus planos de reeleição em 2012 após passar 4 anos como Primeiro-Ministro.¹⁹⁵

Egito proporciona outro exemplo. Sob pressão dos Estados Unidos para liberalizar o sistema político egípcio, Hosni Mubarak modificou o processo eleitoral para presidente em

¹⁸⁹ Idem. p. 28. Para superar a elevada cláusula de barreira, pequenos partidos políticos turcos – mais notavelmente, o Partido Paz e Democracia (*Baris ve Demokrasi Partisi*), o qual representa a população curda historicamente excluída na Turquia – normalmente indicam candidatos como independentes. Estes, no entanto, não recebem qualquer financiamento público no Tesouro, o qual é destinado somente aos partidos políticos que recebam mais de 7% do voto popular. Idem.

¹⁹⁰ Yumak, 2008. Corte Europeia de Direitos Humanos. p. 466.

¹⁹¹ Idem. p. 456 (citações diretas omitidas).

¹⁹² Idem. p. 464, 466.

¹⁹³ *Less Is More: Russia Reduces Electoral Threshold*, nota 176. Em 2011, a Rússia adotou uma nova lei, para vigorar em 2016, a qual diminuiu tal limite eleitoral para 5%. Idem.

¹⁹⁴ DEBARDELEBEN, Joan. Russia's Duma Elections and the Practice of Russian Democracy, 63 *INT'L J.* 275, 281 (2008); F. REMINGTON, Thomas. Presidential Support in the Russian State Duma, 31 *LEGIS. STUD. Q.* 5, 25 (2006).

¹⁹⁵ MORASKI, Bryon. *Electoral System Reform in Democracy's Grey Zone: Lessons from Putin's Russia*, 42 *GOV'T & OPPOSITION* 536, 549 (2007).

2005.¹⁹⁶ O novo sistema previu que candidatos poderiam ser indicados somente por partidos políticos criados há cinco anos e que tivessem recebido pelo menos 5% das cadeiras em cada câmara do legislativo.¹⁹⁷ O único partido político que alcançou tais limites foi o partido de Mubarak (Partido Nacional Democrático), mas, de acordo com um procedimento de transição aplicado unicamente para as primeiras eleições levadas a cabo sob o novo sistema, outros partidos políticos puderam indicar candidatos.¹⁹⁸ A adoção desses novos procedimentos eleitorais permitiu a Mubarak preservar sua dominação política, enquanto alegou para a comunidade internacional que ele estava liberalizando o sistema político do Egito.¹⁹⁹ A Secretária de Estado norte-americana, Condoleezza Rice, declarou que “o novo sistema eleitoral seria ‘mais um passo em prol da completa democracia que o povo egípcio deseja e merece’”.²⁰⁰

III.III.III Leis regulando o financiamento de campanha

Leis regulando o financiamento de campanhas buscando impedir a influência estrangeira no processo político doméstico são comuns em muitas nações. Nos Estados Unidos, por exemplo, estrangeiros foram proibidos de fazer contribuições políticas desde 1966 com as emendas à Lei de Alistamento de Agentes Estrangeiros (*Foreign Agents Registration Act – FARA*). O propósito das emendas era “minimizar a intervenção estrangeira nas eleições norte-americanas ao estabelecer uma série de restrições aos estrangeiros”.²⁰¹ Em 1974, a proibição foi incorporada na Lei de Campanha Eleitoral Federal, com novas vedações aos estrangeiros²⁰²

¹⁹⁶ STILT, Kristen. Constitutions in Authoritarian Regimes: The Egyptian Constitution of 1971, in **Constitutions in Authoritarian Regimes**, nota 19, p. 111, 123–24.

¹⁹⁷ Idem. p. 124. Sob um procedimento de indicação alternativo, candidatos independentes ou candidatos para os quais os partidos não tenham o número necessário de cadeiras no parlamento, podem ser elegíveis se eles tiverem “o apoio de no mínimo 250 membros da Assembleia Popular, Assembleia Consultiva e parlamentos regionais combinados”, e “o apoio de no mínimo dez membros de no mínimo quatorze dos vinte e seis parlamentos regionais”. Idem.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Idem. p. 125-126.

²⁰⁰ Idem. p. 126.

²⁰¹ **Foreign Nationals**. Fed. Election Commission (July 2003). <http://www.fec.gov/pages/brochures/foreign.shtml>.

²⁰² A expressão “estrangeiro” também inclui “representante estrangeiro”, tais como governos, partidos políticos e empresas. 22 U.S.C. § 611(b) (2012).

em temas como contribuição, doação ou gastos em qualquer eleição federal, estadual ou local, direta ou indiretamente.²⁰³ Estrangeiros também estão proibidos de participar direta ou indiretamente no processo decisório envolvendo qualquer pessoa, corporação, organização laboral ou organização política no que concerne às respectivas atividades de campanha, incluindo decisões relacionadas a financiamento e gastos.²⁰⁴ Além disso, cidadãos americanos são proibidos de solicitar fundos de campanha de estrangeiros e de prover “assistência relevante” para que estes gastem dinheiro nas eleições domésticas.²⁰⁵

Muito embora existam em países com credenciais democráticas favoráveis, tais como os Estados Unidos, leis regulando o financiamento eleitoral que buscam frear a influência estrangeira no processo político doméstico também têm sido utilizadas como instrumento do autoritarismo furtivo. Estas leis têm sido frequentemente usadas para sancionar ONGs estrangeiras que apoiam a sociedade civil ou grupos de oposição. Por exemplo, em 2012, a Rússia editou uma lei dos “agentes estrangeiros”, a qual previu que organizações não governamentais que recebessem financiamento estrangeiro e iniciassem atuação política deveriam se registrar como “agentes estrangeiros”.²⁰⁶ Fundamentando-se em tal lei, autoridades russas efetivaram auditorias em ONG’s proeminentes, tais como *Memorial*, Anistia Internacional, *Human Rights Watch* e Transparência Internacional, entre outras.²⁰⁷ Ao tolerar as auditorias, o Presidente Putin foi cuidadoso ao não repreender o ativismo da sociedade civil.²⁰⁸ Ao invés disso, declarou que as auditorias foram motivadas por preocupações com o

²⁰³ 2 U.S.C. § 441e (2012). Este texto normativo tem sido interpretado de modo amplo. Por exemplo, de acordo com ele, a Comissão Eleitoral Federal “proibiu que artistas estrangeiros doassem” serviços voluntários para criar um trabalho original de arte “em conexão com a obtenção de financiamento para campanhas ao Senado”. **Foreign Nationals**, nota 186.

²⁰⁴ 11 C.F.R. § 110.20(h)(2)(i) (2014).

²⁰⁵ Idem. § 110.20 (h).

²⁰⁶ Human Rights Watch, *Laws of Attrition: Crackdown on Russia’s Civil Society After Putin’s Return to The Presidency* 12 (2013), Disponível em: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/russia0413_ForUpload.pdf; MILASHINA, Elena. *Russia Steps Up Crackdown on Rights Groups*, Internet, Committee to Protect Journalists (Mar. 26, 2013, 3:40 PM), <http://cpj.org/blog/2013/03/russia-steps-up-crackdown-on-rights-groups-interne.php>; Editorial, *Russia Again Tries to Intimidate Civil Society Groups*, **WASH. POST** (Mar. 27, 2013), http://articles.washingtonpost.com/2013-03-27/opinions/38067397_1_civil-society-human-rights-watch-north-caucasus.

²⁰⁷ Editorial, nota 201; MILASHINA, nota 201; SEDDON, Max. **Putin: Raids on NGOs Are to Check Foreign Funding**, **ASSOCIATED PRESS** (Mar. 28, 2013, 3:38 PM), <http://bigstory.ap.org/article/russia-searches-check-illegal-ngo-activity>.

²⁰⁸ GILBERT, Leah; MOHSENI, Payam. *The Backlash Against Democracy Promotion in Hybrid Regimes*. 1

Estado de Direito – para “perquirir se as atividades dos grupos estão de acordo com os objetivos declarados e se estão respeitando a lei russa que proíbe o financiamento estrangeiro de atividades políticas”.²⁰⁹ De acordo com tal lei, o governo russo expulsou a Agência dos Estados Unidos para Desenvolvimento Internacional, a qual financia a sociedade civil, argumentando que a Agência estava utilizando indevidamente recursos para influenciar nas eleições russas.²¹⁰ O governo egípcio, de modo semelhante, apresentou diversas acusações contra dissidentes em face de aceitação indevida de recursos estrangeiros²¹¹ e efetivou o fechamento indiscriminado de ONGs alegando que era necessário prevenir o uso de recursos estrangeiros para influenciar o processo político local.²¹²

Mesmo onde o financiamento estrangeiro das organizações da sociedade civil é permitido, o governo pode impor tributação excessiva nos subsídios estrangeiros, como na Bieolorrússia.²¹³ As regulações pertinentes também podem requerer que o financiamento estrangeiro seja tramitado através de bancos designados, os quais podem se recusar a liberá-lo para as ONGs, como ocorreu no Uzbequistão.²¹⁴ Tais ações aumentam significativamente os custos da oposição política ao desmobilizar a sociedade civil e retirar dela o financiamento necessário para efetivar seus propósitos.

III.IV Crimes comuns

Outra estratégia comum do autoritarismo furtivo refere-se à utilização dos crimes comuns para processar dissidentes políticos. Tal processamento normalmente envolve a aplicação seletiva, muito embora juridicamente precisa, das leis penais vigentes as quais não atingem diretamente a oposição política, tais como evasão fiscal, sonegação e lavagem de

(Aug. 29, 2914) (manuscrito não publicado ainda).

²⁰⁹ SEDDON, nota 202 (citações diretas omitidas).

²¹⁰ MILASHINA, nota 201.

²¹¹ OTTAWAY, nota 33, p. 45.

²¹² HENDAWI, Hamza. Egypt NGO Crackdown Threatens Relations with Washington, World Post (Apr. 8, 2012, 5:12 AM), http://www.huffingtonpost.com/2012/02/07/egypt-ngo-crack-down_n_1260780.html.

²¹³ GERSHMAN, nota 2.

²¹⁴ Idem. GERSHMAN, Carl; ALLEN, Michael. The Assault on Democracy Assistance, *J. DEMOCRACY*, Apr. 2006, p. 36, 41–42.

dinheiro. Os processos são normalmente lastreados com provas suficientes da conduta, fazendo com que seja mais difícil detectar se o motivo do respectivo processo penal foi mesmo político. Um processo penal envolvendo crimes comuns contra dissidentes reduz os custos associados à repressão aberta, a qual pode trazer o opróbrio da comunidade doméstica e internacional. Ele também permite ao regime retratar tal processo para as audiências internas e externas como uma aplicação do Estado de Direito. A legitimidade proporcionada por processos penais envolvendo crimes comuns aumenta onde a condenação é sacramentada por um árbitro internacional, como a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Esta estratégia não é nova. Iniciando no final de 1950, os segregacionistas no sul dos Estados Unidos iniciaram o uso de leis relacionadas à raça para processar ativistas de direitos humanos, incluindo conduta desordeira, transgressão, distúrbio da paz, difamação e ofensas às leis tributárias.²¹⁵ Por exemplo, o Alabama processou Martin Luther King Jr. por “evasão fiscal e falsidade ideológica relacionadas ao preenchimento da respectiva declaração tributária”.²¹⁶ De modo semelhante, Virgínia perseguiu a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) sob a falsa alegação em torno da necessidade de fortalecer padrões éticos de conduta.²¹⁷

Um exemplo moderno refere-se à condenação do ex-executivo do petróleo russo Mikhail Khodorkovsky por evasão e sonegação fiscal. Khodorkovsky atraiu a ira do governo Putin ao financiar partidos de oposição e mídia críticos ao Kremlin.²¹⁸ Em Abril de 2003, Khodorkovsky confirmou que deixaria o mundo dos negócios e entraria na política, apoiando a oposição.²¹⁹ Poucos meses depois, em junho de 2003, Khodorkovsky foi acusado e, posteriormente, condenado²²⁰ a oito anos de prisão²²¹ por evasão e sonegação fiscal. Em dezembro de 2010, Khodorkovsky e o ex-sócio Platon Lebedev foram ainda condenados por

²¹⁵ W. SCHMIDT, Christopher. *New York Times v. Sullivan and the Legal Attack on the Civil Rights Movement*, 66 ALA. L. REV. 293, 295 (2014).

²¹⁶ Idem. p. 302. Um júri absolveu King de todas as acusações. BRANCH, Taylor. **Parting The Waters: America in The King Years. 1954–63**, p. 289 (1988).

²¹⁷ *Naacp x Button*, 371 U.S. 415, 423–26 (1963); SCHMIDT, nota 210, p. 300.

²¹⁸ PARTLETT, nota 63, p. 38.

²¹⁹ *Khodorkovsky x Russia*, App. Nos. 11082/06, 13772/05, 2013. Corte Europeia de Direitos Humanos. 1, 8.

²²⁰ Idem. p. 8; 48-49.

²²¹ Idem. p. 57.

peculato tendo em vista a alegada apropriação de 218 milhões de toneladas de petróleo e lavagem de dinheiro de 27 bilhões de dólares em atos levados a cabo entre 1998 e 2003, tendo sido condenado a mais seis anos de prisão.²²² A defesa de Khodorkovsky argumentou que tais processos penais eram politicamente motivados e o julgamento resultante era maculado por más-condutas judiciais.²²³ Mesmo assim, o governo russo venceu largamente na Corte Europeia de Direitos Humanos. Muito embora a Corte decidiu que as condições do processo e detenção de Khodorkovsky violavam a Convenção Europeia de Direitos Humanos, sustentou que havia evidências insuficientes para afirmar que o processo penal era politicamente motivado.²²⁴

O processo penal contra Khodorkovsky é um exemplo de autoritarismo furtivo que recebeu visibilidade global. A condenação dele gerou diversas críticas internacionais, incluindo do Departamento de Estado dos Estados Unidos.²²⁵ Em dezembro de 2013, o Presidente Putin concedeu anistia a Khodorkovsky após sete anos da sua prisão, numa frágil tentativa de diminuir algumas das críticas no contexto dos Jogos de Inverno.²²⁶ Tal anistia, no entanto, dificilmente resolve o problema mais geral do autoritarismo furtivo na Rússia, o qual apresenta muitos outros casos menos visíveis.

Na Turquia, a fiscalização tributária e multas têm se tornado um instrumento popular para punir dissidentes políticos. A maioria das companhias de mídia na Turquia são subsidiárias de corporações maiores, fazendo com que o governo presenteie estas com a celebração de contratos administrativos, caso apresentem subsidiárias leais, punindo, por outro lado, corporações cujas subsidiárias mostrem-se dissidentes, com a imposição de multas tributárias.²²⁷ Por exemplo, uma multa tributária de 2.5 milhões de dólares foi imposta em 2009

²²² COSGROVE, Maureen. Russia Court Finds Khodorkovsky Guilty of Embezzlement, **JURIST** (Dec. 27, 2010, 10:21 AM), <http://jurist.org/paperchase/2010/12/russia-court-finds-khodorkovsky-guilty-of-embezzlement.php>.

²²³ Idem.

²²⁴ Khodorkovsky X Russia, App. No. 5829/04, 2011. Corte Europeia de Direitos Humanos. 1, 65; Khodorkovsky, 2013. Corte Europeia de Direitos Humanos. p. 194–95.

²²⁵ Declaração à imprensa. Hillary Rodham Clinton, Secretária de Estado dos Estados Unidos. Decisão no caso Khodorkovsky-Lebedev (Dec. 27, 2010). Disponível em: <http://www.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2010/12/153716.htm>.

²²⁶ GORST, Isabel; LALLY, Kathy. Putin Says He Will Pardon Yukos Oil Tycoon Mikhail Khodorkovsky. **WASH. POST** (Dec. 19, 2013), http://www.washingtonpost.com/world/putin-says-he-will-pardon-yukos-oil-tycoon-mikhail-khodorkovsky/2013/12/19/e48acalc-68b6-11e3-8b5b-a77187b716a3_story.html.

²²⁷ SRIVASTAVA, Mehul. et al. **Erdogan's Media Grab Stymies Expansion by Murdoch**. Time Warner, **BLOOMBERG** (Mar. 3, 2014, 5:00 PM), <http://www.bloomberg.com/news/2014-03-03/erdogan-thwarts->

contra a maior companhia de mídia, o Grupo Dogan Mídia, poucos meses depois do Primeiro Ministro Erdogan pedir ao público turco um boicote aos jornais do grupo, tendo em vista a publicação de comentários críticos.²²⁸ Muito embora a multa tenha sido reduzida a aproximadamente 600 mil dólares, o grupo foi forçado a reduzir suas operações ao vender dois dos maiores jornais do país e seu principal canal de televisão.²²⁹

A maior empresa da Turquia, o Grupo Koc, também se tornou alvo de fiscalização tributária após um hotel pertencente a tal grupo ter oferecido refúgio aos manifestantes que escapavam de gás lacrimogêneo e de pimenta durante protestos no verão de 2013.²³⁰ Em resposta, o Primeiro-Ministro Erdogan acusou o Grupo de auxiliar e cooperar com atividades ilícitas.²³¹ Poucas semanas depois, o Ministro das Finanças determinou que as três maiores empresas do setor energético pertencentes ao grupo passassem por fiscalização tributária.²³² Muito embora o Ministro das Finanças tenha bradado que a fiscalização era uma mera “rotina”, investidores foram mais céticos.²³³ No dia seguinte ao anúncio da fiscalização, todas as três empresas registraram perdas na bolsa de valores de Istambul e estima-se que o grupo tenha perdido, aproximadamente, 930 milhões de dólares em um dia.²³⁴ A fiscalização poderia resultar em pesadas multas e na perda das licenças para exploração da atividade energética.²³⁵

Outros exemplos são expressivos. No Malauí, o Presidente Bingu wa Mutharika prendeu seu oponente, ex-Presidente Bakili Muluzi, com base em acusações de corrupção.²³⁶ De modo semelhante, na Ucrânia, o Presidente Leonid Kuchma fez acusações de corrupção contra o Primeiro-Ministro Pavlo Lazarenko para dificultar a campanha presidencial de Lazarenko.²³⁷ Finalmente, nos Estados Unidos, alegações de perseguição política também têm sido levantadas

murdoch-as-graft-probe-reveals-turkey-media-grab.html.

²²⁸ GURSEL, Kadri. Is Audit of Koc Companies Erdogan’s Revenge for Gezi Park?, **AL-MONITOR** (July 29, 2013), <http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2013/07/koc-audit-raid-turkey-interest-rate-lobby-gezi.html>.

²²⁹ FILKINS, Dexter. The Deep State, **NEW YORKER** (Mar. 12, 2012). www.newyorker.com/magazine/2012/03/12/the-deep-state.

²³⁰ GURSEL, nota 223.

²³¹ Idem.

²³² Idem.

²³³ Idem.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Idem.

²³⁶ LEVITSKY; WAY, nota 6, p. 9.

²³⁷ Idem.

contra a Receita, a qual tem sido acusada de mirar seletivamente opositores políticos ao aumentar o escrutínio em relação a eles sob o disfarce de estar fortalecendo as leis tributárias.²³⁸

III.V Leis e instituições de vigilância

Os ataques de 11 de setembro de 2001 inauguraram uma nova era de vigilância para combater o crime organizado e terrorismo.²³⁹ Nos Estados Unidos, por exemplo, a edição do *Patriot Act* proporcionou mais poder de vigilância às agências governamentais federais.²⁴⁰ Muitos outros países guiaram-se pela Resolução 1373 do Conselho de Segurança, a qual previu que estados deveriam mudar suas leis domésticas para criminalizar o terrorismo e adotar certas medidas de vigilância.²⁴¹ Tendo em vista que as leis de vigilância são normalmente editadas com a aprovação das organizações internacionais, elas também desfrutam de um certo grau de legitimidade tanto domesticamente, como internacionalmente.

A despeito das proteções que elas oferecem, leis e instituições de vigilância podem também ser utilizadas para dois propósitos antidemocráticos. Primeiramente, a vigilância pode atingir o exercício das liberdades individuais. Como Lilian Mitrou sustenta, “sob vigilância invasiva, indivíduos são inclinados a fazer escolhas que adequem às expectativas dominantes”.²⁴² A inclinação para apoiar o *status quo* pode impedir a diversidade intelectual e política²⁴³, auxiliando na proteção daquele que está no poder. Além disso, o temor de ser

²³⁸ John A. Andrew III, *Power to Destroy: The Political Uses of The IRS From Kennedy to Nixon* (2002); KAHNG, Lily. The IRS Tea Party Controversy and Administrative Discretion, 99 **CORNELL L. REV. ONLINE** 41 (2013).

²³⁹ M. RICHARDS, Neil. The Dangers of Surveillance, 126 **HARV. L. REV.** 1934, 1936–37 (2013); LANE SCHEPPELE, Kim. The Empire of Security and the Security of Empire, 27 **TEMP. INT’L & COMP. L.J.** 241, 247 (2013); G. GADDY, Clifford; PARTLETT, William. Russia’s Financial Police State, **NAT’L INT.** (July 19, 2013), <http://nationalinterest.org/commentary/russias-financial-police-state-8746>.

²⁴⁰ SCHEPPELE, nota 234, p. 258–59.

²⁴¹ S.C. Res. 1373, p. 1–2, U.N. Doc. S/RES/1373 (Sept. 28, 2001); SCHEPPELE, nota 234, p. 253–54.

²⁴² MITROU, Lilian. The Impact of Communications Data Retention on Fundamental Rights and Democracy—The Case of the EU Data Retention Directive, in *Surveillance and Democracy* 127, 138 (D. HAGGERTY, Kevin; SAMATAS, Minas. eds., 2010).

²⁴³ *Whitney x California*, 274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., em voto concorrente) (“Aqueles que conquistaram nossa independência acreditavam que o objetivo final do estado era tornar os homens livres para desenvolver suas faculdades... eles acreditavam que liberdade de pensamento e a liberdade para expressar tais pensamentos eram meios indispensáveis para a descoberta e disseminação da verdade política...”) RICHARDS, anota 234, p. 1948.

monitorado pelo governo pode fazer com que as pessoas pensem e falem de modo diferente, fomentando a autocensura.²⁴⁴

Em segundo lugar, governos podem utilizar os mecanismos de vigilância para fazer chantagem. A vigilância pode permitir àqueles no poder que reúnam informações sobre dissidentes e os chantageiem, em prol de ostracismo ou descrédito, ao revelar sensíveis e talvez embaraçosos segredos públicos.²⁴⁵ Em muitos países pós-comunistas da Europa Oriental, por exemplo, “arquivos secretos de vigilância são frequentemente convertidos como uma arma em lutas políticas, atingindo seriamente o processo de liberdade democráticas”.²⁴⁶ A informação reunida através da vigilância pode também servir como evidência para processar oponentes políticos por crimes comuns.

Leis de vigilância financeira têm sido um instrumento particularmente conveniente do autoritarismo furtivo. Tais leis são normalmente editadas com o apoio da Força Tarefa da Ação Financeira (“FTAF”), um órgão intergovernamental criado para “combater a lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e outras ameaças relacionadas à integridade do sistema financeiro internacional”.²⁴⁷ A FTAF atua como um órgão de políticas públicas que funciona para gerar reformas na regulação e legislação doméstica em torno da vigilância financeira.²⁴⁸ Para alcançar tal fim, a FTAF desenvolveu uma série de recomendações que buscam ter “aplicação universal” no combate aos crimes financeiros.²⁴⁹ Além de instituir recomendações, a FTAF também “monitora o progresso dos seus membros”,²⁵⁰ os quais incluem 34 países e duas organizações regionais.²⁵¹ A missão da FTAF expandiu-se consideravelmente com o passar do tempo, e mais notavelmente a partir dos ataques de 11 de setembro de 2001.²⁵² Após

²⁴⁴ RICHARDS, note 234, p. 1948–49.

²⁴⁵ Idem. p. 1953. A vigilância do FBI em torno do Dr. Martin Luther King Jr., por exemplo, revelou “evidências de sua infidelidade conjugal”. Idem. p. 1948–1954.

²⁴⁶ LOS, Maria. *A Trans-Systemic Surveillance: The Legacy of Communist Surveillance in the Digital Age*, in *Surveillance and Democracy*, nota 237, p. 173, 180.

²⁴⁷ Who We Are, FIN. ACTION TASK FORCE, <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/> (último acesso em Mar. 24, 2015).

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ Idem.

²⁵¹ FATF Members and Observers. FIN. ACTION TASK FORCE. <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/> (último acesso em Mar. 24, 2015).

²⁵² GADDY; PARTLETT, nota 234.

tal evento, a FTAF, especificamente, “instou seus estados membros a fortalecer a vigilância financeira doméstica” ao estabelecer “unidades centralizadas de inteligência financeira”.²⁵³ Tais unidades, de acordo com a FTAF, deveriam ser “operacionalmente independentes e autônomas” e deveriam “ter acesso ao mais amplo aspecto das informações financeiras, administrativas e jurídicas”.²⁵⁴

A Rússia foi um dos países que saudaram vivamente as recomendações da FTAF após o 11 de setembro. A Rússia tem estado na lista negra da FTAF após ser considerada um refúgio para lavagem de dinheiro e crimes financeiros.²⁵⁵ Para eliminar tal defeito, a FTAF sugeriu que a Rússia cooperasse com diversas demandas, incluindo a criação de uma unidade de inteligência financeira.²⁵⁶ Sob a liderança de Putin, a Rússia então aprovou uma legislação que buscava combater a lavagem de dinheiro e satisfazer as recomendações da FTAF.²⁵⁷ Além disso, a Rússia criou uma unidade de inteligência financeira – o Serviço de Monitoramento Financeiro Russo – composto por veteranos da KGB, sujeitos ao controle formal de Putin.²⁵⁸ Tal Serviço foi aceito pelo Grupo Egmont, um grupo “guarda-chuva” que congrega unidades de inteligência financeira.²⁵⁹ Seguindo a adoção de tais reformas, a Rússia tornou-se um membro da FTAF de pleno direito.²⁶⁰ O Serviço de Monitoramento Financeiro Russo foi elogiado pela FTAF como “exemplar” e listado em 2011 entre as melhores unidades de inteligência financeira do mundo.²⁶¹ Com o apoio da FTAF e do Grupo Egmont, o Serviço de Monitoramento Financeiro Russo alcançou legitimidade doméstica e externa, e sua consolidação passou a imagem de uma valorosa Rússia moderna, tomando uma posição contra sua histórica luta em face dos crimes financeiros. Em 1º de julho de 2013, a presidência da FTAF passou para a Rússia.²⁶²

Sob a fachada de legitimidade proporcionada pela FTAF, no entanto, tem-se uma

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ Idem. (citações diretas omitidas)

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Idem.

²⁵⁷ Idem.

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ Idem. EDMONT GROUP FIN. INTELLIGENCE UNITS. <http://www.egmontgroup.org/about> (último acesso Mar. 24, 2015).

²⁶⁰ GADDY; PARTLETT, nota 234.

²⁶¹ Idem.

²⁶² Idem.

instituição que reforça a dominação de Putin sobre a política russa.²⁶³ Desde sua criação, o Serviço de Monitoramento Financeiro Russo serviu como uma “unidade pessoal de vigilância de Putin”, buscando reunir informações financeiras sensíveis dos oponentes de Putin para chantageá-los ou desacreditá-los diante do público ou processá-los por crimes comuns, tais como evasão fiscal ou lavagem de dinheiro.²⁶⁴ Comparada com a repressão direta de oponentes, a reunião de informação financeira através da utilização de uma unidade de inteligência apoiada pela FTAF mostra-se um método mais legítimo e crível de sufocar a oposição.²⁶⁵

III.VI Reforçando a legitimidade doméstica e global

Esta subseção discute dois mecanismos que os líderes políticos no poder utilizam para reforçar a legitimidade doméstica e internacional deles: (1) a provisão de um espaço para aqueles descontentes com o governo e (2) a implementação de reformas democráticas, reunidas com o uso frequente de retórica envolvendo o Estado de Direito, democracia e constitucionalismo. Tais técnicas, como detalhadas adiante, logo vêm à tona em regimes híbridos, nos quais as credenciais democráticas daqueles no poder são questionadas. Certamente, tais estratégias podem também ser tentativas genuínas de reformas democráticas. Meu argumento aqui é limitado: quando utilizadas, as estratégias adiante descritas permitem àqueles no poder responder às críticas em torno de comportamento antidemocrático, não importando se tais estratégias compõem tentativas de reformas democráticas genuínas ou um mero instrumento para esconder as práticas antidemocráticas.

III.VI.I Espaço para os descontentes

Diferentemente dos seus predecessores históricos, autoritários ou pretensos autoritários

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ Idem. Um veterano da KGB no comando do Serviço descreveu desse modo seu trabalho: “Nosso trabalho não é intervir. É saber de tudo sobre todos. Todos sabem o que fazemos, eles sabem o que podemos fazer se vermos alguém indo longe demais. E é por isso que eles não vão longe demais.” Idem. (citações diretas omitidas)

²⁶⁵ Idem.

cada vez mais concedem algum espaço para a expressão de descontentamento contra eles através de partidos de oposição, organizações da sociedade civil e imprensa independente.²⁶⁶ Enquanto tal espaço para descontentamento seja relativamente limitado e os grupos da sociedade civil permaneçam frágeis, quaisquer custos impostos ao governo diante da existência daqueles são facilmente superados pelos benefícios. A manifestação pública de desgosto pode criar uma aparência em torno de sociedade plural onde o governo no poder aceita, senão saúda abertamente, a crítica às respectivas políticas. Isso, por sua vez, pode criar uma ilusão de significativa escolha eleitoral entre atores políticos em competição. Um espaço para descontentamento também proporciona aos grupos de oposição domésticos “um caminho para desabafar”.²⁶⁷ A indisponibilidade de um espaço, muito embora limitado, para a expressão de descontentamento pode servir para galvanizar a oposição política e tornar os desacordos políticos em confrontações violentas. Se a expressão de descontentamento excede os limites aceitáveis, o regime no poder pode controlá-lo através dos mecanismos do autoritarismo furtivo já discutidos. Os líderes políticos no poder, por exemplo, podem processar os dissidentes políticos por violação às leis que rechaçam ofensas à honra ou acusá-los de cometimento de crimes comuns.

Azerbaijão sob o governo de Heydar Aliyev foi um bom exemplo de regime híbrido com importante espaço para a expressão de descontentamento. Apesar da natureza semi-autoritária do governo, os partidos de oposição política continuaram operando, uma imprensa relativamente independente continuou a publicar e organizações da sociedade civil continuaram a proliferar e aceitar financiamento estrangeiro.²⁶⁸ Azerbaijão ainda desenvolveu uma ampla variedade de organizações da sociedade civil, satisfazendo instituições internacionais que encaram a existência de tais organizações como indicador de uma robusta democracia.²⁶⁹

Muito embora organizações da sociedade civil possam proporcionar algum espaço para expressão de descontentamento contra os governantes, o funcionamento delas pode ser limitado

²⁶⁶ OTTAWAY, nota 33, p. 185.

²⁶⁷ BRUMBERG, Daniel. *Liberalization Versus Democracy: Understanding Arab Political Reform 6* (Carnegie Endowment for Int'l Peace, Working Paper No. 37, 2003). Disponível em: <http://carnegieendowment.org/files/wp37.pdf>.

²⁶⁸ OTTAWAY, nota 33, p. 58-59.

²⁶⁹ Idem.

através das regulações em torno da criação e funcionamento delas.²⁷⁰ Por exemplo, vários governos têm implementado caros e demorados requisitos para registro das sociedades civis, os quais são frequentemente acompanhados de atrasos excessivos, e embaraçosos requisitos para grupos da sociedade civil internacional, prevendo ainda a necessidade de novo registro com o passar de poucos anos.²⁷¹ Tais mecanismos, muito embora aparentemente neutros na superfície, podem significativamente aumentar os custos em torno de novos registros.²⁷² De modo semelhante, relatórios extensos a cargo das organizações já registradas, procedimentos onerosos necessários para os pedidos de financiamento estrangeiro e requisitos permitindo a fiscalização discricionária de tais organizações podem também aumentar os custos da operação e impedir que elas alcancem seus objetivos.²⁷³ Exemplos de tais barreiras para criação e funcionamento podem ser encontrados no Egito²⁷⁴, Turquia²⁷⁵, Rússia²⁷⁶, Venezuela²⁷⁷, Argélia, Azerbaijão e Etiópia²⁷⁸, entre outros países.

Finalmente, políticos no poder em muitos países têm criado ONGs organizadas pelo governo.²⁷⁹ Ao criar tais organizações amigáveis ao governo, aqueles no poder projetam a ilusão de uma sociedade civil em funcionamento, utilizando recursos para apoiar as causas preferidas e afastando o financiamento das ONGs independentes.²⁸⁰ Aquelas organizações tendem a se concentrar em áreas não políticas, tais como educação, esporte, treinamento e desenvolvimento da juventude.²⁸¹ Organizações desse tipo têm sido criadas na Tunísia, Egito,

²⁷⁰ GILBERT; MOHSENI, nota 203, p. 11.

²⁷¹ GERSHMAN, nota 2.

²⁷² GILBERT; MOHSENI, nota 203, p. 11. Um líder de uma ONG na Rússia lamentou o “insano nível de detalhes” requeridos de acordo com a lei russa de registro das ONG 's. Gershman, nota 2 (citações diretas omitidas).

²⁷³ GILBERT; MOHSENI, nota 203, p. 11.

²⁷⁴ HEYDEMANN, Steven. Brookings Inst., Upgrading Authoritarianism in The Arab World. 7 (2007).

²⁷⁵ GILBERT; MOHSENI, nota 203, p. 17-18.

²⁷⁶ NGO Law Monitor: Russia, INT’L CENTER FOR NOT-FOR-PROFIT L., <http://www.icnl.org/research/monitor/russia.html> (última atualização em Nov. 24, 2014) (“A lei russa para as organizações não comerciais de 2006 introduziu limites e relatórios prevendo requisitos de difícil implementação, acompanhados de graves penalidades em caso de não observância dos requisitos; novos limites semelhantes foram também criados para o registro de ONG’s russas e estrangeiras; e novos poderes amplos para os órgãos que fiscalizam tais entidades também foram criados”)

²⁷⁷ GILBERT; MOHSENI, nota 203, p. 26, no. 47.

²⁷⁸ GERSHMAN; ALLEN, nota 209, p. 41

²⁷⁹ Idem. p. 44.

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ HEYDEMANN, note 269, p. 8.

Jordânia, Síria e Rússia, entre outros países, para tais propósitos.²⁸²

III.VI.II Reformas democráticas e retórica democrática

Para impregnar o regime com o véu da legitimidade e legalidade, autoritários e pretensos autoritários frequentemente implementam reformas democráticas e desenvolvem retórica a qual invoca o Estado de Direito, democracia e constitucionalismo. Esta prestidigitação pode distrair audiências domésticas e internacionais, as quais normalmente falham em detectar medidas não democráticas através da névoa da retórica e reformas democráticas.

Por exemplo, o governo do Primeiro-Ministro Erdogan na Turquia criou um vasto conjunto de reformas democráticas após assumir o poder em 2002. Durante o mandato de Erdogan, minorias étnicas e religiosas na Turquia obtiveram um incremento na proteção infraconstitucional e constitucional.²⁸³ Igualmente, através de uma série de medidas infraconstitucionais e constitucionais, o governo de Erdogan estabeleceu controle civil sobre o então intocável poder militar que desenvolveu quatro golpes de Estado desde 1960.²⁸⁴ As Cortes Especiais de Segurança, as quais são notórias em proferir rápidas e brutais punições, também foram abolidas no mandato de Erdogan.²⁸⁵ Muitas dessas medidas, no entanto, permaneceram amplamente cosméticas. Por exemplo, outras cortes acabaram ostentando o mesmo poder anteriormente levado a cabo pelas Cortes Especiais de Segurança. Apesar do incremento das proteções jurídicas no papel, minorias étnicas e religiosas continuam experimentando tratamento discriminatório pelo governo.²⁸⁶

A Rússia também passou por uma revisão democrática de seu sistema jurídico sob o governo de Putin. No primeiro mandato como Presidente, Putin introduziu dez novos códigos

²⁸² Idem. GERSHMAN; ALLEN, nota 209, p. 44–45.

²⁸³ POPE, Hugh. **Erdogan's Decade: Has the Justice and Development Party Changed Turkish Politics Forever?**, **CAIRO REV.**, Apr. 2012, p. 43, 44. Disponível em: <http://www.aucegypt.edu/GAPP/CairoReview/Lists/Articles/Attachments/149/CR4-Pope.pdf>.

²⁸⁴ Idem. p. 46.

²⁸⁵ Special Security Courts Abolished. **MINISTRY EUR. UNION AFF.** (June 30, 2004), <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=33328&l=1>.

²⁸⁶ World Report 2013: **Turkey, HUM. RTS. WATCH**, <http://www.hrw.org/world-report/2013/country-chapters/turkey> (último acesso em Mar. 24, 2015).

jurídicos que criaram a base da economia de livre mercado.²⁸⁷ Putin também eliminou uma série de leis penais da era Soviética, incluindo leis que permitiam detenções antes do julgamento, praticamente ilimitadas, e buscas sem mandado judicial.²⁸⁸ Tais leis foram substituídas por um novo código penal que expandiu a competência do tribunal do júri, limitou os poderes de investigação e reduziu o tempo permitido para prisões antes do julgamento.²⁸⁹ Putin também aumentou consideravelmente o financiamento das instituições jurídicas, aumentou o salário dos juízes e determinou a necessidade da participação de advogados em julgamentos criminais.²⁹⁰ Na esfera internacional, a Rússia de Putin ratificou a Convenção das Nações Unidas Contra Corrupção, uniu-se à Força Tarefa da Ação Financeira e implementou, de boa-fé, decisões adversas tomadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos.²⁹¹

Muitas nações pelo mundo Árabe modificaram as leis eleitorais para diminuir restrições nos partidos de oposição.²⁹² Em muitas instâncias, as modificações produziram reformas reais. Por exemplo, durante o governo de Hosni Mubarak, 88 membros da Irmandade Muçulmana saíram vitoriosos nas eleições parlamentares de 2005.²⁹³ De modo semelhante, no Marrocos, as eleições de setembro de 2007 conferiram ao Partido Justiça Islâmica e Desenvolvimento 47 cadeiras no Parlamento.²⁹⁴ Muito embora tais reformas tenham agradado os agentes estrangeiros, Steve Heydemann sustenta que: “as reformas... têm menos a ver com democratização do que em fazer com que as eleições estejam a salvo do autoritarismo”.²⁹⁵

Outro campo popular para reformas estratégicas é a economia. A adoção de políticas tributárias, fiscais e comerciais mais liberais permitem aos agentes do regime buscar acordos em prol de investimentos e renda.²⁹⁶ As regulações mais importantes, normalmente, garantem aos agentes públicos discricionariedade para criar exceções aos tributos ou ao direito aduaneiro,

²⁸⁷ PARTLETT, nota 63, p. 36.

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ Idem.

²⁹² HEYDEMANN, nota 269, p. 10.

²⁹³ Idem.

²⁹⁴ Idem.

²⁹⁵ Idem. p. 11.

²⁹⁶ Idem. p. 15.

entre outros tipos de tratamento diferenciados, os quais permitem aos governantes formar e firmar alianças com elites econômicas, fortalecendo a manutenção do poder político.²⁹⁷ Além de recompensar a lealdade, os líderes políticos podem penalizar dissidentes ao negar acesso às oportunidades econômicas, aumentando significativamente os custos da oposição política.²⁹⁸ Ao invés de criar abertura política, o liberalismo econômico pode gerar benefícios políticos e financeiros para os que estão no poder.²⁹⁹

Além das reformas democráticas, a retórica em torno do Estado de Direito, democracia e constitucionalismo é frequentemente utilizada para distrair audiências das práticas não democráticas. Erdogan, atual Presidente turco, por exemplo, frequentemente reiterou seu grande plano em criar uma “democracia avançada” na Turquia.³⁰⁰ Ele também responde às críticas lançadas contra medidas governamentais controversas citando um fundamento legal ou constitucional, ou invocando o direito comparado em relação a algum país democrático (normalmente no ocidente) o qual tenha adotado a mesma medida. Por exemplo, um conjunto de emendas constitucionais que capturaram a Corte Constitucional turca em setembro de 2010 foi adotado como parte do pacote de “democratização” que buscava incrementar o envolvimento do campo político nas indicações judiciais, aproximando-se do processo de indicação existente nas democracias liberais, como a Alemanha.³⁰¹

Retórica similar também é efetivada a partir de relevantes declarações do governo Putin na Rússia. No seu “Manifesto Millennium” pré-eleitoral, Putin proclamou seu desejo em criar um poderoso estado russo com uma ênfase no direito e naquilo que denominou “segurança constitucional”.³⁰² Logo no primeiro mês no cargo, Putin proferiu quatro importantes discursos acerca da importância do direito para a filosofia de seu governo.³⁰³ Para apoiar sua agenda de

²⁹⁷ Idem.

²⁹⁸ Idem.

²⁹⁹ Idem. p. 18.

³⁰⁰ ALBAYRAK, Ayla. Half of Turks Say Erdogan Is Becoming Authoritarian, **WALL ST. J.** (June 17, 2013, 6:17 PM), <http://blogs.wsj.com/emerging europe/2013/06/17/half-of-turks-say-erdogan-is-becoming-authoritarian/>.

³⁰¹ **BBC NEWS**. Turkey Backs Constitutional Changes. (Sept. 12, 2010), <http://www.bbc.com/news/world-europe-11278602>.

³⁰² PARTLETT, nota 63, p. 39.

³⁰³ Por exemplo, num discurso para sua *alma mater* na faculdade de direito, Putin declarou: “Para as pessoas como eu que agora estão engajadas na construção do novo estado russo, sabemos que tal projeto deve ser fundado nos

reforma jurídica em prol do implemento do poder central, Putin frequentemente traçava um improvável paralelo histórico com a experiência dos Estados Unidos durante a grande depressão.³⁰⁴ De acordo com Putin, a experiência americana demonstra que o governo central desempenha um papel imperativo na negociação de uma crise nacional e que, ele somente renunciaria aos poderes do governo central quando “fossem criadas as condições e mecanismos jurídicos necessários, quando todas as partes da economia de mercado funcionassem amplamente”.³⁰⁵

O Presidente Viktor Orbán na Hungria também responde habitualmente às críticas contra dispositivos constitucionais e legais adotados por seu governo citando práticas semelhantes em estados democráticos. Por exemplo, Orbán defendeu uma controversa lei de mídia sob o fundamento de que a lei simplesmente reproduzia aquelas existentes em outras democracias. A lei autorizava a recém criada Autoridade de Mídia e Comunicação Nacional a imposição de multas diante de coberturas ofensivas e desiguais.³⁰⁶ Para os críticos que sugeriam a possibilidade de a lei ser mal utilizada para limitar a independência da mídia, Orbán respondia que: “não há uma única passagem na lei que não corresponda à lei de mídia dos países da União Europeia”.³⁰⁷ Orbán defendeu de modo similar a decisão de reestruturar o Poder Judiciário, impondo dificultosos requisitos para indicações e mandatos mais longos para instituições capturadas por seus apoiadores fiéis,³⁰⁸ adotando ainda restrições na propaganda política.³⁰⁹

Esta seção analisou alguns dos mecanismos mais importantes do autoritarismo furtivo. A próxima seção retoma a teoria para discutir três questões relacionadas. Tendo em vista que as respostas para todas elas se fundamentam nas teorias da escolha racional e da escolha

princípios que têm sido desenvolvidos por décadas no interior dos muros da Faculdade de Direito da Universidade de São Petersburgo”. Idem.

³⁰⁴ Idem. p. 42.

³⁰⁵ Idem. p. 42-43.

³⁰⁶ DEMPSEY, Judy. Hungary Waves Off Criticism over Media Law, **N.Y. TIMES** (Dec. 25, 2010), <http://www.nytimes.com/2010/12/26/world/europe/26hungary.html>.

³⁰⁷ Idem. (citações diretas omitidas)

³⁰⁸ SCHEPPELE, nota 15, p. 8.

³⁰⁹ HAKIM, Danny. How Did Hungary 's Election Become a Circus?, **N.Y. TIMES** (Mar. 1, 2014), <http://www.nytimes.com/2014/03/02/sunday-review/how-did-hungarys-election-become-a-circus.html>. (“Numa declaração, a administração do Sr. Orban pontuou que muitos outros membros da União Europeia também criaram restrições à propaganda política, incluindo banimento ou rígidos limites nos anúncios de televisão em países como Espanha e França”).

estratégica, início com uma breve exposição delas.

IV. ESCOLHA RACIONAL E AUTORITARISMO FURTIVO

A teoria da escolha estratégica insere-se numa ampla rubrica em torno da teoria da escolha racional, a qual sustenta que os atores racionais fazem escolhas baseadas na análise dos custos e benefícios nos potenciais cursos de ação.³¹⁰ Na teoria da escolha estratégica, a qual é similar à teoria dos jogos,³¹¹ a importante avaliação do custo-benefício inclui uma análise de outros relevantes atores cujo comportamento futuro pode alterar tal avaliação.³¹² Em outras palavras, de acordo com modelos da escolha estratégica, a habilidade de um ator em alcançar seus objetivos depende de como os outros atores comportam-se.³¹³ Na medida em que atores, normalmente, não conhecem com certeza como outros atores relevantes irão se comportar, eles frequentemente fazem inferências sobre o comportamento futuro baseados na informação disponível sobre o comportamento passado.³¹⁴

Aplicando a teoria da escolha estratégica, esta seção considera três questões teóricas relacionadas entre si. A subseção IV.I discute as condições que permitem o autoritarismo furtivo. A subseção IV.II analisa por que governos escolhem aplicar os mecanismos do autoritarismo furtivo, em oposição aos mais tradicionais e transparentes mecanismos de controle autoritário. A subseção IV.III estuda quais tipos de regime são mais prováveis em adotar as práticas do autoritarismo furtivo. Após analisar tais questões, a subseção IV.IV conclui discutindo as implicações do autoritarismo furtivo.

³¹⁰ COLLIER, David; L. NORDEN, Deborah. Strategic Choice Models of Political Change in Latin America, 24 **COMP. POL.** 229, 229–30 (1992).

³¹¹ A teoria dos jogos “usa a matemática aplicada para tentar explicar as escolhas estratégicas que atores realizam num ambiente no qual os resultados dependem da escolha feita por outros”. STRAUSS, Andrew. **Cutting the Gordian Knot**: How and Why the United Nations Should Vest the International Court of Justice with Referral Jurisdiction, 44 **CORNELL INT’L L.J.** 603, 646 n.221 (2011).

³¹² COLLIER; NORDEN, nota 305, p. 230.

³¹³ A. WHYTOCK, Christopher. The Evolving Forum Shopping System, 96 **CORNELL L. REV.** 481, 488 n.33 (2011); A. LAKE, David; POWELL, Robert. International Relations: A Strategic-Choice Approach, in **Strategic Choice and International Relations** 3, 4–6 (A. Lake, David; POELL, Robert. eds., 1999).

³¹⁴ WHYTOCK, nota 308, p. 489.

IV.IV Implantando o autoritarismo furtivo

Um componente essencial dos modelos de escolha estratégica é a discricionariedade.³¹⁵ H.L.A Hart, num recém publicado ensaio, define a discricionariedade como uma “escolha a ser feita...a qual não é determinada por princípios que podem ser formulados previamente”.³¹⁶ A discricionariedade está presente em muitas leis, mesmo em regimes democráticos.³¹⁷ Juízes dos Estados Unidos, por exemplo, apresentam discricionariedade ao sentenciar réus³¹⁸ em certos aspectos da sua própria jurisdição.³¹⁹ Policiais, igualmente, exercem ampla avaliação na aplicação das leis penais³²⁰ e membros do Ministério Público desfrutam de “extraordinária, quase incontrolável, discricionariedade” em torno da decisão de acusar e efetivar acordos de não persecução penal ou similares.³²¹ Agências administrativas também ostentam significativa discricionariedade.³²² A discricionariedade, de acordo com tais atores institucionais, pode ser limitada através de vários mecanismos formais e informais. Quanto menos controle formal e informal na discricionariedade, mais espaço haverá para a aplicação seletiva das leis. Aplicação seletiva refere-se “à seleção das partes contra quem o direito é garantido e à seleção dos momentos nos quais o direito será garantido”.³²³

A possibilidade de aplicação seletiva, por sua vez, abastece o autoritarismo furtivo. Como Kenneth Davis explica no seu livro seminal, *Justiça Discricionária: uma investigação preliminar*, “onde o direito termina, a discricionariedade inicia, e o exercício da

³¹⁵ COLLIER; NORDEN, nota 305, p. 4–5, 21, 23.

³¹⁶ HART, H.L.A. Discretion, 127 **HARV. L. REV.** 652, 661 (2013); CULP DAVIS, Kenneth. **Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry** 4 (1969) (“Uma autoridade pública tem discricionariedade sempre que os limites efetivos sobre seu poder deixam-no livre para fazer uma escolha entre diversos cursos de ação ou inação”).

³¹⁷ DAVIS, nota 311, p. 17 (“Cada Sistema governamental e jurídico na história mundial apresenta tanto regras como discricionariedade”).

³¹⁸ *Mistretta x United States*, 488 U.S. 361, 390 (1989).

³¹⁹ L. SHAPIRO, David. Jurisdiction and Discretion, 60 **N.Y.U. L. REV.** 543 (1985) (explicando como os princípios em torno da discricionariedade judicial estão presentes no conceito de jurisdição).

³²⁰ H. KADISH, Sanford. Legal Norm and Discretion in the Police and Sentencing Processes, 75 **HARV. L. REV.** 904, 908 (1962).

³²¹ J. DAVIS, Angela. **Prosecution and Race: The Power and Privilege of Discretion**. 67 **FORDHAM L. REV.** 13, 20–21 (1998).

³²² NOU, Jennifer. Agency Self-Insulation Under Presidential Review, 126 **HARV. L. REV.** 1755 (2013).

³²³ DAVIS, nota 311, p. 163.

discrecionalidade pode ser tanto benéfica como tirânica, justa ou injusta, razoável ou arbitrária”.³²⁴ Como discutido adiante, algumas práticas do autoritarismo furtivo restam no uso seletivo das leis, tais como leis punindo ofensas à honra ou leis penais. Em casos penais, membros do Ministério Público normalmente ostentam discrecionalidade para denunciar os investigados, sendo que tal discrecionalidade permite a aplicação seletiva. Por exemplo, numa sociedade na qual a evasão fiscal é recorrente, membros do Ministério Público podem seletivamente aplicar os tipos penais tributários contra dissidentes políticos, enquanto permitem que outras violações resem impunes. De modo semelhante, em processos envolvendo ofensas à honra, agentes governamentais têm discrecionalidade na escolha das publicações e dos jornais que serão alvo de litigância.

Agentes públicos subordinados à burocracia da Administração Pública, normalmente, exercem a discrecionalidade no uso dos mecanismos do autoritarismo furtivo. Por exemplo, é frequente encontrar um policial decidindo se vai ou não fazer uma prisão ou um membro do Ministério Público analisando se vai ou não denunciar alguém. Para o autoritarismo furtivo funcionar efetivamente, o regime deve possuir mecanismos suficientes para controlar o comportamento desses agentes públicos de baixo escalão, minando o problema da representação, o qual pode surgir quando agentes públicos falham em agir no melhor interesse do representado, ou seja, dos líderes do regime. Em outras palavras, o sistema deve estar preparado para garantir que importantes mecanismos jurídicos sejam aplicados unicamente contra os dissidentes políticos. Com instrumentos suficientes para punir ou premiar os agentes públicos – tais como demissão, redesignação ou promoção – o regime pode garantir que os agentes exercitem a discrecionalidade em conformidade com os interesses do representado. O Controle judicial de constitucionalidade, como discutido anteriormente, também pode proporcionar àqueles no poder a oportunidade de monitorar e sancionar o comportamento dos agentes burocráticos.³²⁵

Nas democracias, a discrecionalidade dos atores relevantes tende a ser mais rigidamente controlada do que em regimes não democráticos. Nos Estados Unidos, por

³²⁴ Idem. p. 3.

³²⁵ Como elencado na seção III.I.

exemplo, os requisitos da sentença restringem a discricionariedade dos juízes, políticas penais limitam a discricionariedade dos policiais e dos membros do Ministério Público e leis restringem a discricionariedade das agências. Além desses mecanismos formais, mecanismos informais podem impor limites. Reiteradas tomadas de decisões discricionárias podem se acumular num conjunto de normas ou de precedentes informais, os quais auxiliam a informar ou mesmo limitar a discricionariedade.³²⁶ Cálculos relacionados ao interesse próprio, tais como o desejo em manter o emprego ou o cargo de policial, podem constranger o exercício da discricionariedade. Por exemplo, um membro do Ministério Público ou policial que aplica seletivamente a lei penal pode ser demitido. Outros controles no exercício da discricionariedade nas democracias incluem o controle judicial de constitucionalidade do processo de tomada da decisão discricionária a partir de um árbitro neutro ou a atuação de líderes políticos de partidos de oposição com interesse em denunciar o uso arbitrário ou parcial da discricionariedade por aqueles que estão no poder.³²⁷ O abuso da discricionariedade por agentes públicos com poder decisório é mais facilmente detectada e sancionada nas democracias com uma imprensa independente e sociedade civil ativa, com maiores controles sobre a discricionariedade.

Em regimes não democráticos, há menores restrições formais e informais na discricionariedade. Isso, por sua vez, permite mais amplitude no uso seletivo das leis, o que explica, em parte, porque as estratégias do autoritarismo furtivo são mais prevalentes em regimes híbridos ou completamente autoritários. Em regimes não democráticos, tendo em vista as restrições à oposição política e fiscais públicos como a mídia, a assimetria informacional entre o público e aqueles no poder tende a ser maior.³²⁸ Isso, por sua vez, torna a detecção e sanção da aplicação seletiva mais difícil.

O processo de decisão discricionário em regimes não democráticos é ainda amplificado pelo uso da vagueza em leis relevantes, servindo como uma base para as práticas autoritárias furtivas. As leis vagas são aquelas “que têm aplicação indefinida aos casos particulares”, as

³²⁶ LACEY, Nicola. **Essay, The Path Not Taken**: H. L. A. Hart's Harvard Essay on Discretion, 127 **HARV. L. REV.** 636, 644 (2013).

³²⁷ DAVIS, nota 311, p. 142.

³²⁸ MOE, nota 98, p. 767. (pontuando que a assimetria informacional desigual a habilidade do grupo menos informado em efetivamente supervisionar e controlar o comportamento do grupo mais informado).

quais podem criar indeterminação nas obrigações e direitos.³²⁹ A vagueza, por sua vez, abastece a discricionariedade e o autoritarismo furtivo. Por exemplo, a legislação regulando organizações da sociedade civil na Rússia tem sido criticada como “impossivelmente vagas”.³³⁰ Objeções similares têm sido lançadas contra leis na Turquia³³¹, Hungria³³², Argélia, Azerbaijão e Etiópia³³³, tendo sido usadas como mecanismos do autoritarismo furtivo. Tais leis funcionam como a espada de Dâmocles, deixando atores relevantes incertos e ansiosos sobre a juridicidade de seus atos e os expondo às ameaças de medidas punitivas, caso eles ultrapassem limites insuficientemente definidos.³³⁴

Mesmo em democracias, no entanto, algum grau de vagueza é inevitável na criação de leis de aplicação mais ampla.³³⁵ Ao redigir leis, legisladores não podem prever todas as circunstâncias que podem surgir quando da aplicação ou resolver todos os problemas em torno da vagueza ou ambiguidade, que podem permitir uma tomada de decisão discricionária.³³⁶ Além disso, leis que evitam todo tipo de discricionariedade também previnem a justiça individualizada, que talha os resultados de acordo com as circunstâncias únicas de cada caso.³³⁷

A prevalência da discricionariedade entre diferentes regimes jurídicos torna seu abuso mais difícil de detectar. Por exemplo, onde há evidências suficientes para apoiar uma condenação criminal de um dissidente por crime comum, é mais difícil determinar se o motivo do processo penal é político, diante da ausência de evidências diretas. Em outras palavras, o motivo para condenação aparenta ser mais ambíguo do que um caso envolvendo a repressão

³²⁹ SOLUM, Lawrence. **Legal Theory Lexicon: Vagueness and Ambiguity**, **LEGAL THEORY BLOG** (Feb. 9, 2014), <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2014/02/legal-theory-lexicon-vagueness-and-ambiguity.html>.

³³⁰ SEDDON, nota 202; **HUMAN RIGHTS WATCH**, nota 201, p. 23.

³³¹ POSNER, Sarah. UN Rights Committee Criticizes Turkish Counterterrorism Laws, **JURIST** (Nov. 2, 2012, 8:22 AM), <http://jurist.org/paperchase/2012/11/un-rights-committee-criticizes-turkish-counterterrorism-laws.php>.

³³² BÁNKUTI, Miklós. et al., **Disabling the Constitution**, **J. DEMOCRACY**, July 2012, p. 138, 140–41; Memorandum to the European Union on Media Freedom in Hungary, **HUM. RTS. WATCH** (Feb. 16, 2012), <http://www.hrw.org/news/2012/02/16/memorandum-european-union-media-freedom-hungary>.

³³³ GERSHMAN; ALLEN, nota 209, p. 41.

³³⁴ HEYDEMANN, nota 269, p. 8.

³³⁵ DAVIS, nota 311, p. 18. (“Não encontramos ainda um caminho para eliminar a discricionariedade em relação às prisões, processos, julgamento, concessão de liberdade condicional e perdão sem destruir valores cruciais que desejamos preservar”).

³³⁶ Idem. p. 16.

³³⁷ Idem. p. 15-17.

aberta a um oponente político aprisionado sem o devido processo. Pode ser possível fazer a acusação em torno de um processo penal seletivo se há uma forte tendência na aplicação da lei penal somente contra dissidentes políticos, mas evidências acerca de tal tendência são normalmente difíceis de desenvolver. Mesmo nos Estados Unidos, onde alegações constitucionais baseadas em processos seletivos permanecem teoricamente disponíveis, é extraordinariamente difícil para um réu vencer com base em tal argumentação.³³⁸

IV.II Escolhendo o autoritarismo furtivo

Tendo descrito o que torna o autoritarismo furtivo possível, o artigo retorna à questão teórica relacionada: por que adotar mecanismos do autoritarismo furtivo ao invés das outras alternativas disponíveis de controle autoritário? Um governante pode alcançar seu desejo em manter o poder político através de diversas estratégias, as quais apresentam diferentes custos e benefícios.³³⁹ A preocupação central aqui é a escolha que os políticos no poder enfrentam entre aquilo que denomino como estratégias do “autoritarismo transparente” e do “autoritarismo furtivo”. Estas são evidentes categorias simplificadas, sendo que a linha de separação entre o transparente e o furtivo não é sempre clara, mas elas proporcionam molduras úteis para analisar o relevante cálculo de custo-benefício.

Mecanismos autoritários transparentes representam as estratégias tradicionais do autoritarismo e têm sido bem exploradas na literatura. Tais mecanismos incluem o desafio direto e aberto ou desrespeito às leis e constituições; decretação de leis de emergência ou leis marciais; silenciamento de dissidentes através de grave ameaça ou violência; fechamento de jornais e canais de televisão; banimento de publicações; manipulação do voto através da corrupção eleitoral, intimidação e fraude eleitoral; desrespeito ao limite constitucional dos mandatos; captura das Cortes e outras instituições estatais com agentes leais; estabelecendo controle direto sobre a mídia e sociedade civil; emendando ou substituindo constituições para

³³⁸ L. MILLER, Marc; F. WRIGHT, Ronald. **Criminal Procedures**: Prosecution and Adjudication. 209 (4th ed. 2011).

³³⁹ A estratégia, um componente essencial para a teoria da escolha estratégica, refere-se “ao cálculo acerca do comportamento adotado para aumentar a possibilidade de sucesso” em torno de um objetivo. COLLIER; NORDEN, nota 305, p. 4–6.

eliminar os mecanismos de freios e contrapesos.³⁴⁰ Denomino tais estratégias como autoritarismo transparente porque tais mecanismos são evidentemente contrários às normas democráticas modernas.

O segundo conjunto de estratégias do regime denominadas autoritarismo furtivo representam mecanismos mais sutis de controle autoritário. Como analisado anteriormente, eles envolvem o uso de mecanismos jurídicos, especialmente infraconstitucionais, que existem em regimes com credenciais democráticas favoráveis. Eles podem ter sido adotados com o apoio expresso de atores globais e normalmente envolvem aplicações juridicamente precisas das leis existentes. Tendo em vista que tais mecanismos existem em regimes com aquelas credenciais, o uso é imbuído de uma certa legitimidade, tornando mais difícil diferenciar o abuso da legítima aplicação.

A escolha entre estes dois conjuntos de práticas – autoritarismo transparente e furtivo – não é feita no vácuo. É influenciada pelo comportamento de outros atores, domésticos e internacionais, e pela luta social, política e econômica que a interação entre tais atores produz.³⁴¹ No âmbito internacional, os atores relevantes incluem estados estrangeiros, organizações supranacionais (por exemplo, Nações Unidas, União Europeia, etc) e organizações estrangeiras não governamentais. Internamente, os atores relevantes compreendem, dentre outros, atores políticos, sociedade civil, cidadãos e forças armadas.³⁴²

Nas próximas três subseções, o artigo explora o comportamento relevante de três conjuntos de atores: internacionais, domésticos e os atuais governantes no poder. As primeiras duas subseções apresentam uma base histórica em torno das respostas internacionais e domésticas para a epidemia autoritária. Tal base é necessária para, em seguida, descrever como o comportamento relevante de atores domésticos e internacionais tem alterado o cálculo em torno do custo-benefício levado a cabo por aqueles no poder, resultando uma metamorfose nas práticas autoritárias.

³⁴⁰ Veja-se notas 10-17 e texto respectivo.

³⁴¹ HIRSCHL, nota 53, p. 164–65.

³⁴² PRZEWORSKI. Some Problems in the Study of the Transition to Democracy, in **Transitions From Authoritarian Rule: Prospects For Democracy** 47, 53 (O'DONNELL, Guillermo. et al. eds., 1986).

IV.II.I Estados Unidos e outros atores internacionais

Ser um autoritário hoje em dia não é uma tarefa fácil. Na era pós-Guerra Fria, há custos significativos associados com a manutenção de um regime abertamente autoritário. A repressão internacional às flagrantes práticas autoritárias após a Guerra Fria levou a uma acentuada queda nos regimes que abertamente abraçam a autocracia. No final dos anos 80 e início dos anos 90 do século passado, ditaduras colapsaram pela Europa pós-comunista, Ásia e América Latina.³⁴³ De acordo com a *Freedom House*, a porcentagem de países marcados como “não livres” caiu de 46% em 1972 para 24% em 2012.³⁴⁴ Regimes autoritários que não se adequem ao critério democrático podem ser expulsos de organizações internacionais e enfrentar significativas sanções econômicas e militares.³⁴⁵ Estados abertamente autoritários podem também perder legitimidade doméstica e global, consistindo numa forma de custo reputacional.³⁴⁶

Esta subseção pesquisa os programas de promoção da democracia levados a cabo nos Estados Unidos e internacionalmente. Tais programas têm adotado checklists unidimensionais que miram práticas autoritárias transparentes.³⁴⁷ Muito embora tais mecanismos sejam

³⁴³ LEVITSKY; WAY, nota 6, p. 3.

³⁴⁴ FREEDOM HOUSE, nota 7, p. 24.

³⁴⁵ **U.N. Human Rights Council**, Rep. of the Int’l Comm’n of Inquiry on Libya, 19th Sess., Feb. 27–Mar. 23, 2012, U.N. Doc. A/HRC/19/68 (Mar. 8, 2012), Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A.HRC.19.68.pdf> (documentando a atividade antidemocrática do regime de Gaddafi e a resposta military internacional); Human Rights First, Syria Sanctions Fact Sheet (2012), disponível em: http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/Syria_Sanctions_Fact_Sheet.pdf (discutindo sanções imposta ao regime autoritário sírio tendo em vista o engajamento em comportamentos antidemocráticos e agressivos); YOUNGERS, nota 14, p. 1 (pontuando que “uma condenação internacional geral de práticas antidemocráticas no Peru” após o golpe presidencial de 1992 levado a cabo por Alberto Fujimori); LAW; VERSTEEG, nota 47, p. 165 (“Países que abertamente desafiam os valores da ‘sociedade mundial’... atraem o ostracismo da comunidade internacional”); M. SEEKINS, Donald. **Burma and U.S. Sanctions: Punishing an Authoritarian Regime**, 45 *ASIAN SURV.* 437, 440 (2005) (destacando que os Estados Unidos impuseram sanções econômicas ao governo não democrático da Birmânia em parte para expressar a desaprovação daquele “comportamento questionável”).

³⁴⁶ HENKIN, Louis. **How Nations Behave: Law and Foreign Policy** 58–60 (2 ed. 1979) (incluindo consequências em termos de reputação entre os fatores levados em conta na decisão de um país em se adequar ao direito internacional); T. GUZMAN, Andrew. A Compliance-Based Theory of International Law, 90 *CALIF. L. REV.* 1823, 1845–46 (2002) (descrevendo como o dano à reputação é uma forma de sanção); O. KEOHANE, Robert. **International Relations and International Law: Two Optics**, 38 *HARV. INT’L L.J.* 487, 496–99 (1997) (explicando e criticando a teoria de que os atores estatais tomam decisões na arena internacional em parte sem qualquer preocupação acerca da reputação estatal).

³⁴⁷ STEWART, Susan. Democracy Promotion Before and After the ‘Colour Revolutions’, 16 *DEMOCRATIZATION* 645, 648 (2009) (destacando que a abordagem do tipo *one-size-fits-all* está “presente

eficientes e funcionem relativamente bem na detecção do autoritarismo tradicional, eles são menos efetivos na detecção do sutil autoritarismo furtivo. Isso, por sua vez, proporciona significativo incentivo para evitar a aparência escancarada do autoritarismo através da adoção daquelas sutilezas furtivas. As principais abordagens para promoção da democracia nos Estados Unidos e em outros lugares tem desse modo facilitado um certo nível de aprendizado autoritário e criado as próprias condições nas quais práticas autoritárias furtivas podem se desenvolver.³⁴⁸ Além disso, o rótulo de “democracia” é normalmente concedido para o estado que satisfaça o critério de promoção da democracia aplicável, podendo obscurecer as práticas autoritárias furtivas e proporcionar-lhes cobertura política e jurídica.

IV.II.I.I Os Estados Unidos

Os Estados Unidos têm sido a vanguarda da promoção global da democracia. Programas de promoção da democracia desempenham um papel central na política externa americana, com algumas notáveis interrupções, desde pelo menos a I Guerra Mundial.³⁴⁹ A Guerra Fria estimulou um elevado interesse na promoção da democracia nos Estados Unidos. Em 1976, o Congresso estabeleceu a Comissão sobre Segurança e Cooperação na Europa (mais conhecida como a “Comissão Helsinki”) para diminuir a repressão governamental e promover democratização em áreas controladas pela União Soviética.³⁵⁰ A agora renomeada Organização para Segurança e Cooperação na Europa (“OSCE”) apoia o desenvolvimento democrático em 56 estados-membros, os quais incluem nações do Cáucaso e Ásia Central.³⁵¹

tanto na América como na Europa no contexto da promoção da democracia”).

³⁴⁸ HEYDEMANN, supra nota 269, p. 31. (argumentando que regimes autoritários no mundo Árabe “têm enganado o sistema” e “explorado as estratégias de promoção da democracia favorecidas há muito tempo pelos Estados Unidos para seus próprios fins autoritários”).

³⁴⁹ B. EPSTEIN, Susan et al., Cong. Research Serv., RL34296, **Democracy Promotion: Cornerstone of U.S. Foreign Policy?** 1 (2007). De acordo com o Presidente Woodrow Wilson, o propósito da Guerra era “tornar o mundo a salvo para a democracia.” WILSON, Woodrow. **WHITE HOUSE**, <https://www.whitehouse.gov/about/presidents/woodrowwilson> (último acesso em Mar. 24, 2015). Os Estados Unidos apoiaram alguns governos autoritários durante a Guerra Fria “como um bastião contra... o comunismo.” EPSTEIN et al., nota acima, p. 28. Na história mais recente, governos autoritários no Oriente Médio também receberam apoio dos Estados Unidos.

³⁵⁰ 22 U.S.C. §§ 3001–3009 (2012); EPSTEIN et al., nota 344, p. 28.

³⁵¹ EPSTEIN et al., nota 344, p. 28.

O apoio continuou depois da queda da União Soviética, através de programas de assistência à democracia nas nascentes repúblicas pós-soviéticas na Europa oriental e central.³⁵² O congresso criou diversas leis, incluindo o Auxílio para a Democracia na Europa Oriental (“ADEO”), editada em 1989 para apoiar a democratização na Hungria e Polônia³⁵³ e *Freedom Support Act* de 1991 para promover “liberdade e abrir mercados” nas ex-Repúblicas soviéticas como Armênia, Azerbaijão, Bielorrússia, Geórgia, Cazaquistão, Quirguistão, Moldávia, Rússia, Tajiquistão, Turcomenistão, Ucrânia e Uzbequistão.³⁵⁴ A década de 90 do século passado também marcou a emergência do Consenso de Washington, o qual representou a crença que a democracia, mercados livres e o Estado de Direito no mundo desenvolver-se-iam em união.³⁵⁵ Em 1998, tais esforços culminaram com a criação de programas de promoção da democracia em mais de 100 países.³⁵⁶

A promoção da democracia também se tornou o foco da política nacional de segurança. Cada estratégia de segurança nacional dos Estados Unidos desde 1990 enfatizou que democracias são os parceiros mais efetivos para encaminhar questões de segurança transnacional, tais como terrorismo, proliferação nuclear, mudança climática e doenças.³⁵⁷ Acordos em matéria de defesa com nações como Japão, Espanha, Grécia e Turquia estabeleceram princípios democráticos como fundamentos das avenças.³⁵⁸

Atualmente, os Estados Unidos continuam a operar um maquinário complexo e multifacetado de promoção da democracia. Ele contribui para os esforços multilaterais para promover a democracia, incluindo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Fundo das Nações Unidas para a Democracia, a Comunidade de Democracias, o *Freedom*

³⁵² Idem. p. 29.

³⁵³ Support for East European Democracy (SEED) Act de 1989. Pub. L. No. 101-179, 103. Stat. 1298 (codificado como emenda em diversas seções da 22 U.S.C.).

³⁵⁴ FREEDOM Support Act. Pub. L. No. 102-511, 106 Stat. 3320 (codificado como emenda em diversas seções da 22 U.S.C.).

³⁵⁵ WILLIAMSON, John. **What Washington Means by Policy Reform, in Latin American Adjustment: How Much Has Happened?** 7 (Williamson, John ed., 1990).

³⁵⁶ CAROTHERS, nota 3, p. 7.

³⁵⁷ EPSTEIN et al., nota 344, p. 7 (pontuando que a promoção da democracia desempenha um papel central na Guerra ao Terror); White House, National Security Strategy (May 2010), disponível em: http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf.

³⁵⁸ EPSTEIN et al nota 344, p. 30 no. 82.

House, Banco Mundial e Organização dos Estados Americanos. (OEA).³⁵⁹ O Departamento de Estado financia sua própria iniciativa, intitulada “Governando com Justiça e Democracia”, provendo fundos para duas ONG’s cuja missão é promover a democracia: A Fundo Nacional para a Democracia e a Fundação Ásia.³⁶⁰ O Congresso também continua a desempenhar um papel relevante na promoção da democracia.³⁶¹

Muitos desses programas operam com base no *checklist* que procura pelas óbvias deficiências na ordem política. Por exemplo, ser elegível para obter auxílio estrangeiro sobre a *Millennium Challenge Corporation*, a qual é uma agência norte-americana de auxílio estrangeiro, um estado estrangeiro deve “demonstrar comprometimento com uma governança democrática e justa, investimentos no seu próprio povo e liberdade econômica de acordo com a métrica de diferentes indicadores políticos”,³⁶² incluindo “estado de direito”, “direitos políticos” e “liberdade civis”.³⁶³ Países que tenham cumprido os critérios para assistência financeira a despeito das questionáveis credenciais democráticas incluem Burquina Fasso, Honduras, Namíbia, Jordânia e Uganda.³⁶⁴

É também ilustrativo do programa de promoção da democracia o critério utilizado para alocar assistência estrangeira em estados independentes da antiga União Soviética. Ao conceder auxílio financeiro, o Presidente deve “levar em conta”, dentre outros fatores, a extensão na qual o país candidato está “fazendo relevante progresso em prol da democracia, sendo comprometido com uma efetiva implementação de um sistema democrático baseado nos princípios do Estado de Direito, liberdades individuais e governo representativo determinado por eleições livres e justas”.³⁶⁵ Tais critérios erroneamente combinam os requisitos do Estado de Direito com aqueles da democracia liberal.³⁶⁶ Aqueles são condições necessárias, mas não suficientes, para

³⁵⁹ Idem. p. 22.

³⁶⁰ Idem. p. 18-19.

³⁶¹ Idem. p. 22-23.

³⁶² Selection Criteria. MILLENIUM CHALLENGE CORP., <http://www.mcc.gov/pages/selection> (último acesso em Mar. 24, 2015).

³⁶³ Selection Indicators. MILLENIUM CHALLENGE CORP., <http://www.mcc.gov/pages/selection/indicators> (último acesso em Fev. 28, 2015).

³⁶⁴ Countries & Country Tools, MILLENIUM CHALLENGE CORP., <http://www.mcc.gov/pages/countries> (último acesso em Mar. 24, 2015).

³⁶⁵ 22 U.S.C. § 2295a (2012).

³⁶⁶ SILVERSTEIN, note 12, p. 74.

esta, fazendo com que a adoção de regras formais não necessariamente leve ao estabelecimento de uma democracia,³⁶⁷ como evidenciam os mecanismos do autoritarismo furtivo.

IV.II.I.II Outros atores internacionais

A abordagem de outros atores internacionais para promoção da democracia está de acordo com o papel dos Estados Unidos. Historicamente, a forma de governo de um estado era encarada como uma questão de governança interna e além da supervisão do direito internacional.³⁶⁸ Mais recentemente, no entanto, tem havido um elevado interesse na promoção da democracia no âmbito internacional.³⁶⁹ Nos anos 90 do século passado, o comprometimento com a democracia tornou-se um critério expresso para a admissão na OTAN e Polônia, Hungria, República Tcheca e Eslovênia foram admitidos como membros na medida em que estabeleceram regimes democráticos.³⁷⁰ A Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também se referem aos princípios democráticos.³⁷¹ A Cúpula Mundial das Nações Unidas de 2005 também declarou que a democracia é um “valor universal”.³⁷²

Além disso, tratados e acordos internacionais têm cada vez mais incluindo as denominadas “cláusulas democráticas”³⁷³ nas respectivas disposições. Por exemplo, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, as Convenções da OEA e da União Africana incluem cláusulas democráticas que determinam aos estados o preenchimento do critério democrático para se tornarem estados partes ou obterem benefícios comerciais.³⁷⁴ As cláusulas também permitem a imposição de sanções, tais como suspensão da filiação aos estados que se

³⁶⁷ Idem.

³⁶⁸ LANDAU, nota 5, p. 247.

³⁶⁹ Idem.

³⁷⁰ EPSTEIN et al., nota 344, p. 29–30.

³⁷¹ Idem. p. 30 no. 82.

³⁷² Democracy and the United Nations, UNITED NATIONS, http://www.un.org/en/global/issues/democracy/democracy_and_un.shtml (último acesso em Mar. 24, 2015).

³⁷³ EPSTEIN et al., nota 344, p. 29.

³⁷⁴ LANDAU, nota 5, p. 249.

submetam a “interrupções inconstitucionais” na ordem democrática.³⁷⁵ Tais cláusulas são efetivas em detectar flagrantes disfunções na ordem política e constitucional, mas apresentam pouca ou nenhuma utilidade em detectar ou eliminar reconfigurações mais sutis.³⁷⁶

O critério democrático estabelecido pela Comunidade de Democracia também é ilustrativo. A Comunidade “é uma coalizão intergovernamental e global de Estados buscando um objetivo comum: apoiar governos democráticos e fortalecer as normas e instituições democráticas pelo mundo”.³⁷⁷ Cerca de 100 Países que alcançaram padrões democráticos participam de reuniões a cada dois anos para discutir questões de interesse comum. A filiação na Comunidade é baseada na adoção das seguintes normas: 1) “eleições, livres, justas e periódicas”; 2) “Estado de Direito”; 3) “obrigação de o governo eleito proteger e defender a constituição, abstendo-se de ações inconstitucionais e afastando-se do poder quando o respectivo mandato encerrar-se”; 4) “separação de poderes”; 5) “igualdade diante da lei”; 6) uma lista de direitos individuais a serem protegidos, incluindo liberdade de expressão e reunião, liberdade de imprensa, proteção contra punições e detenções desumanas e cruéis, direito a um julgamento justo e direito à não discriminação.³⁷⁸ A Comunidade inclui nações como Azerbaijão, Hungria, Rússia, Turquia, Venezuela e Yemen,³⁷⁹ as quais preencheram tais critérios democráticos ao editar as necessárias reformas legais e constitucionais, mas tais credenciais democráticas estão sujeitas a sérias impugnações.³⁸⁰

Instituições financeiras internacionais também têm adotado critérios democráticos para mirar óbvios defeitos democráticos. Em 1989, seguindo um estudo de três anos dos problemas econômicos africanos, o Banco Mundial concluiu que o aprimoramento das condições políticas

³⁷⁵ Idem. p. 248.

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ Who We Are. **COMMUNITY DEMOCRACIES**, <http://www.community-democracies.org/The-Community-of-Democracies/Our-Community> (último acesso em 24, 2015).

³⁷⁸ EPSTEIN et al., nota 344, p. 26–27.

³⁷⁹ The World Factbook, Appendix B: International Organizations and Groups, Community of Democracies (CD), CENT. INTELLIGENCE AGENCY, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/appendix/appendix-b.html> (último acesso em Mar. 24, 2015).

³⁸⁰ **FREEDOM HOUSE**. Freedom in The World 2014 (2014). Disponível em: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/FIW2014%20Booklet.pdf> (inspecionando a relativa “Liberdade” em todos os países em 2013).

no continente era essencial para reverter o declínio econômico da África.³⁸¹ A conclusão alterou o foco para “o estado de direito como um componente essencial para boa governança”.³⁸² No final da década de 90 do século passado, aproximadamente 78% dos requisitos impostos pelas instituições financeiras internacionais em acordos de crédito miravam reformas jurídicas e a promoção do “estado de direito”.³⁸³ Muito embora tais medidas fossem efetivas para detectar regimes flagrantemente contrários a tal princípio, elas são marcadamente menos efetivas para identificar as práticas autoritárias furtivas, as quais utilizam mecanismos jurídicos formais para perpetuar o poder e projetar a ilusão de uma sociedade governada pelo direito.

Crítérios similares prevalecem também na pesquisa acadêmica. Por exemplo, no amplamente utilizado banco de dados *Polity*, a existência de eleições livres e justas é um critério primário para determinar se um país é democrático.³⁸⁴ Diversos países com persistentes práticas autoritárias furtivas tem uma nota relativamente alta em tal banco de dados, sendo que a pontuação varia entre -10 e +10. Por exemplo, de acordo com tal banco de dados, Hungria é um modelo de democracia constitucional com uma nota 10, enquanto Turquia desfruta de uma avaliação igualmente elevada, com a nota 9, sendo que a pontuação máxima é 10.³⁸⁵

Práticas autoritárias furtivas desenvolvem-se mesmo sob o vigilante olhar da União Europeia, a qual tem restado impotente para frear a criação de um autoritarismo competitivo na Hungria sob o Fidesz liderado por Viktor Orbán. Como Kim Lane Scheppele tem demonstrado através de uma série de artigos, o governo do Fidesz desencadeou um “golpe constitucional” ao utilizar os mecanismos de emendas constitucionais e mudanças da própria Constituição para,

³⁸¹ KLUG, Heinz. **Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction** 65–66 (2000).

³⁸² Idem. p. 66.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ G. MARSHALL, Monty et al *Polity IV Project, Political Regime Characteristics and Transitions, 1800–2013: Dataset Users' Manual* 15 (2014). Disponível em: <http://www.systemicpeace.org/inscr/p4manualv2013.pdf> (definindo uma democracia madura como “aquela na qual a) participação política não é limitada, sendo aberta e amplamente competitiva; b) o recrutamento para o executivo é através de processo eletivo; c) limites na chefia do executivo são substanciais”). GUZMAN, Andrew; A. SIMMONS, Beth. To Settle or Empanel? An Empirical Analysis of Litigation and Settlement at the World Trade Organization, 31 J. LEGAL STUD. S205, S220 (2002) (“A medida da democracia proporcionada pelo banco de dados *Polity III* é uma tentativa de capturar a extensão na qual a política é caracterizada pela ampla participação num processo político competitivo”).

³⁸⁵ G. MARSHALL, Monty. **Polity IV Project: Political Regime Characteristics and Transitions, 1800–2013: Polity IV Individual Country Regime Trends, 1946–2013**, CENTER FOR SYSTEMIC PEACE, <http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm> (última atualização em Jun. 6, 2014) (veja hyperlinks “Hungria” e “Turquia”).

sistematicamente, eliminar controles sobre o respectivo poder.³⁸⁶ Por exemplo, o governo do Fidesz diminuiu a idade de aposentadoria dos juízes para assim remover boa parte da liderança de um ativo e poderoso Poder Judiciário, que ameaçava os interesses do partido.³⁸⁷ A Corte Europeia de Justiça resistiu e sustentou que tal medida violava o direito da União Europeia.³⁸⁸ Orbán, insatisfeito com a decisão, acabou readmitindo os juízes.³⁸⁹ Como o direito da União Europeia não prevê o retorno dos juízes para as respectivas posições de origem, no entanto, Orbán tratou de manipular a decisão ao indicar os juízes para outros cargos menos influentes, enquanto projetou a imagem de cooperação com a União Europeia.³⁹⁰

Em suma, os mecanismos prevaletentes de proteção da democracia nos Estados Unidos e em outros lugares têm se concentrado primariamente na detecção das óbvias deficiências na ordem democrática. Tal foco tem facilitado um certo grau de aprendizagem democrática que, pelas razões antes discutidas, provocou a substituição de mecanismos autoritários transparentes por mecanismos mais furtivos de controle.

IV.II.II Atores domésticos

Além da comunidade internacional, a ação dos atores domésticos influencia o comportamento político. Práticas autoritárias transparentes podem desacreditar governos e criar fendas no interior de suas estruturas, aumentando assim os custos econômicos, políticos e militares para o governo manter o *status quo*.³⁹¹ Elas também podem galvanizar movimentos de oposição, fortalecendo-os, permitindo que eles nivelem a repressão para ganhar simpatia de outros e obter apoio interno e internacional para o movimento.³⁹² Por exemplo, movimentos

³⁸⁶ LANE SCHEPPELE, Kim. Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (com especial referência à Hungary), 23 **TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS.** 51, 61–62 (2014); SCHEPPELE, nota 15 (discutindo a transformação da Hungria num Frankenstate).

³⁸⁷ SCHEPPELE, nota 15, p. 8.

³⁸⁸ Idem.

³⁸⁹ Idem.

³⁹⁰ Idem.

³⁹¹ CHENOWETH; STEPHAN, nota 109, p. 44 (pontuando que a deserção de pessoas leais ao sistema faz surgir um custo político e pode desestabilizar o regime).

³⁹² CHUA, nota 109, p. 719; cf. CHENOWETH; STEPHAN, nota 109, p. 50 (“Retaliação cria uma situação na

sociais que se organizaram durante a Primavera Árabe de 2011 tiveram sucesso em derrubar governos na Tunísia e Egito, os quais mantinham governos abertamente autoritários por décadas.³⁹³ De modo semelhante, as Revoluções Coloridas – tais como a Revolução Rosa da Geórgia em 2003 e a Revolução Laranja da Ucrânia em 2004 – também ocasionaram a derrubada popular dos líderes autoritários.³⁹⁴ Finalmente, as forças armadas domésticas podem desempenhar um papel no combate às práticas autoritárias e desencadear um golpe de Estado para efetuar uma mudança democrática no regime. Regimes autoritários na Turquia em 1960, Portugal em 1974 e Egito em 2011 sofreram o mesmo destino a partir da atuação das respectivas forças militares.³⁹⁵

Assim, líderes políticos têm relevantes incentivos para ocultar óbvias práticas autoritárias e a aparência do autoritarismo para evitar resistência ou retaliação de relevantes atores domésticos. Certamente, a possibilidade de retaliações domésticas têm mais importância em alguns regimes que em outros, como discuto adiante. Primeiramente, no entanto, analiso como líderes políticos podem responder aos relevantes comportamentos dos atores internos e internacionais na escolha entre o autoritarismo transparente ou furtivo.

IV.II.III Governantes no poder

Esta subseção inicia com duas premissas teóricas baseadas na teoria da escolha racional. Primeiramente, políticos são atores com interesses próprios que buscam minimizar

qual a resistência iguala os erros de cálculos do regime em sua própria vantagem, na medida em que atores domésticos e internacionais que apoiam o regime mudam seu apoio para a oposição tendo em vista as ações específicas tomadas pelo regime.”).

³⁹³ SCHILLER, Thomas. Tunisia—A Revolution and Its Consequences, **KAS INT’L REP.**, May 2011, p. 6, 11–13. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_22802-544-2-30.pdf?110516131310 (discutindo os protestos populares que forçaram a renúncia do presidente autoritário da Tunísia); VICK, Karl. Egypt's Last Pharaoh? The Rise and Fall of Hosni Mubarak, **TIME** (Fev. 12, 2011), <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,2048689,00.html> (descrevendo os protestos na Praça Tahrir que catalizaram a queda do governo autoritário do Egito).

³⁹⁴ LANDRY, Tristan. **The Colour Revolutions in the Rearview Mirror: Closer Than They Appear**, 53 **CAN. SLAVONIC PAPERS** 1, 8–13 (2011).

³⁹⁵ VAROL, nota 26; O. VAROL, Ozan. The Military as the Guardian of Constitutional Democracy, 51 **COLUMN. J. TRANSNAT’L L.** 547 (2013).

custos e riscos, maximizando os lucros.³⁹⁶ Em segundo lugar, políticos seguem seu próprio interesse em avançar suas perspectivas para manter o poder, ao invés de servir como um fiel agente da cidadania, podendo-se produzir resultados estranhos ao interesse nacional.³⁹⁷

A escolha racional, reconhecidamente, apresenta uma teoria reducionista do comportamento político. Ela pode não capturar a inteira complexidade dos incentivos e motivações dos relevantes agentes públicos com poder de decisão.³⁹⁸ Também pode negligenciar as “escolhas abaixo das ideais” que os políticos fazem como resultado das suas limitações cognitivas.³⁹⁹ A teoria do comportamento político descrita aceita e trabalha com tais limitações. Esta subseção primeiramente delinea o comportamento político esperado sob premissas tradicionais da escolha racional. A próxima subseção explica os desvios padrões do comportamento que resultam das diferenças contextuais e a introdução de vieses cognitivos e de alto custo informacional.

Um importante benefício dos mecanismos tradicionais de repressão é a eficiência. Por exemplo, sujeitar organizações da sociedade civil à intensa regulação em termos de fiscalização para impedir o funcionamento delas é provavelmente menos eficiente e mais custoso do que fechá-las imediatamente. De modo semelhante, prender jornalistas por comentários críticos pode ser mais eficiente para silenciar o discurso do que prolongados processos judiciais em face de ofensas à honra. Uma decisão em adotar estas práticas abertamente autoritárias pode

³⁹⁶ J. BARRO, Robert. **The Control of Politicians: An Economic Model**, 14 **PUB. CHOICE** 19, 19 (1973) (assumindo que a autoridade pública no poder “atue para ampliar seu próprio interesse, os quais não coincidem automaticamente com aqueles dos seus constituintes”); A. HATHAWAY, Oona. Do Human Rights Treaties Make a Difference?, 111 **YALE L.J.** 1935, 1944 (2002) (notando que, sob modelos da escolha racional, “a obediência ao direito internacional não ocorre a menos que isso promova algum interesse próprio das partes ao, por exemplo, aumentar a reputação delas, aumentar o poder geopolítico, promover seus fins ideológicos, evitar o conflito ou evitar sanções por parte de um estado mais poderoso”); LAW; VERSTEEG, nota 47, p. 169 (adotando “a premissa... de que regimes autoritários podem ser compreendidos como auto-interessados, atores racionais para os quais as escolhas constitucionais são moldadas pelos respectivos custos e benefícios em torno de cada opção”). Tal premissa teórica é também consistente com a teoria da escolha realista do direito e da criação das constituições. Sob tal teoria, instituições domésticas são produto de barganhas políticas, sendo que leis e constituições refletem o próprio interesses das elites. HIRSCHL, Ran. *The Strategic Foundations of Constitutions*, in *Social and Political Foundations of Constitutions* 157, 165–66 (J. GALLIGAN, Denis; VERSTEEG, Mila eds., 2013).

³⁹⁷ GUZMAN, nota 341, p. 1841; ISSACHAROFF; PILDES, nota 22, p. 650.

³⁹⁸ H. PILDES, Richard; S. ANDERSON, Elizabeth. **Slinging Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics**, 90 **COLUM. L. REV.** 2121, 2143 (1990).

³⁹⁹ B. KOROBKIN, Russell; S. ULEN, Thomas. **Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics**, 88 **CALIF. L. REV.** 1051, 1069 (2000).

aumentar o lucro hoje, mas também gerará significativos custos que poderão reduzi-lo futuramente.⁴⁰⁰

Como discutido anteriormente, manter um regime abertamente autoritário pode ser algo custoso diante da oposição internacional às práticas autoritárias na era pós-Guerra Fria⁴⁰¹ e da derrubada doméstica dos líderes autoritários como resultado das Revoluções Coloridas e da Primavera Árabe. O autoritarismo furtivo proporciona uma ótima distração ao manipular a produção de informação sobre práticas antidemocráticas e ao modificar a percepção de atores relevantes.⁴⁰² Práticas que aparentam ser abertamente repressivas num regime abertamente autoritário aparentam ser mais ambíguas num regime que aplica práticas autoritárias furtivas. O autoritarismo furtivo aumenta o custo atual ou aparente em torno da detecção e limitação das práticas autoritárias, tanto por atores domésticos como globais, gerando significativos lucros.

Em relação aos atores domésticos, a oposição torna-se mais custosa se o regime no poder utilizar mecanismos que existem em regimes com favoráveis credenciais democráticas para se perpetuar no poder. Como ponto de partida, tem-se que a detecção de medidas não democráticas pode ser mais difícil do que em regimes abertamente autoritários. Práticas repressivas, mascaradas pelo Estado de Direito, podem passar despercebidas para segmentos importantes da política, as quais, por sua vez, podem aumentar o custo da mobilização contra aqueles no poder. Por exemplo, onde um processo penal (lastreado por provas suficientes) ou um processo civil por ofensas à honra são aplicados contra dissidentes políticos, pode ser difícil diferenciar o abuso da aplicação legítima do direito, pelo menos quando se compara com práticas abertamente autoritárias. Por razões similares, como Christopher Schmidt explica, os segregacionistas no sul dos Estados Unidos abandonaram os custosos métodos de opressão direta, tais como a discriminação expressamente legalizada, em favor dos métodos indiretos, menos transparentes e aparentemente neutros para defender a supremacia branca.⁴⁰³

⁴⁰⁰ GUZMAN, nota 341, p. 1849.

⁴⁰¹ GILBERT, Leah. State Mobilization Strategies and Political Competition in Hybrid Regimes 85–86 (June 6, 2012) (tese ainda não publicada, Georgetown University). Disponível em: https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/557607/Gilbert_georgetown_0076D_11885.pdf (demonstrando empiricamente que regimes híbridos têm aumentado o uso de mecanismos jurídicos regulatórios para restringir as ONG's após a Guerra Fria).

⁴⁰² COLLIER; NORDEN, nota 305, p. 236–37.

⁴⁰³ SCHMIDT, nota 210, p. 307.

Mesmo quando detectadas, práticas autoritárias furtivas podem ser menos contestáveis perante certos segmentos políticos domésticos do que a repressão direta. O autoritarismo furtivo se torna ainda mais palatável quando um regime mistura práticas autoritárias furtivas com desejáveis reformas democráticas. Além disso, a existência de um espaço limitado para oposição política e aqueles descontentes com o regime pode criar a ilusão de competição política e de uma significativa escolha eleitoral entre atores políticos concorrentes. A ilusão de escolha pode pacificar a política ao permitir aos cidadãos a experiência de participar no processo democrático, sem proporcionar uma oportunidade significativa para retirar do poder o atual governo. Especialmente em regimes autoritários completamente estabelecidos, o uso do autoritarismo furtivo pode ser elogiado como um sinal de democracia na medida em que tal prática fundamenta-se em mecanismos jurídicos formais que existem em regimes com favoráveis credenciais democráticas. A habilidade em desafiar aqueles no poder, elencar argumentos políticos e consagrar reputações pode justificar a participação no mercado eleitoral por ativistas de oposição.⁴⁰⁴ Como resultado, o incentivo público para se opor a um regime que aplica controles autoritários furtivos pode ser menor que em relação a um regime abertamente autoritário. Isso, por sua vez, pode impedir os esforços de mobilização da oposição. Sem participação de amplos segmentos da população, o movimento de oposição corre sério risco de ser acusado de não passar de uma mera facção não representativa.⁴⁰⁵ Como Adam Przeworski explica, “um regime não colapsa enquanto alguma alternativa não está organizada num modo capaz de se apresentar como uma escolha real para indivíduos isolados”.⁴⁰⁶ Num regime que perpetua seu poder através dos mesmos mecanismos que existem em regimes democráticos, construir tal realidade alternativa normalmente representa alto custo.

O autoritarismo furtivo também aumenta o custo da detecção e sanção por atores globais. Práticas autoritárias furtivas transformam o quadro jurídico doméstico para apresentá-lo consistente com as expectativas normativas dos atores internacionais. Reconfigurações

⁴⁰⁴ HEYDEMANN, nota 269, p. 12.

⁴⁰⁵ PAPIC, Marko; NOONAN, Sean. Social Media as a Tool for Protest. Stratfor Global Intelligence (Fev. 3, 2011, 9:54 AM), <http://www.stratfor.com/weekly/20110202-social-media-tool-protest#axzz3OKaKXpGh>.

⁴⁰⁶ PRZEWORSKI, nota 337, p. 52.

súbitas na ordem existente através do uso de práticas autoritárias furtivas são mais difíceis de detectar que práticas autoritárias há muito tempo condenadas, as quais retratam um regime abertamente repressivo com controle governamental onipresente. Atores internacionais, sentados à distância da arena política doméstica, podem ter ainda mais dificuldade em detectar as práticas furtivas que atores domésticos.

Além disso, a adoção de reformas democráticas pode auxiliar aquele no poder em contribuir com coalizões com instituições internacionais, as quais, por sua vez, reforçam a legitimidade do regime. Por exemplo, diversos grupos de direitos humanos apoiaram Hugo Chávez por algum tempo, após ele introduzir propostas por eles defendidas na Constituição da Venezuela.⁴⁰⁷ De modo semelhante, o líder da semi-autoritária Uganda Yoweri Museveni aumentou sua popularidade ao adotar uma nova lei em relação à propriedade de terras e herança em resposta às demandas de grupos de direitos humanos internacionais.⁴⁰⁸

Além disso, muitos dos mecanismos infraconstitucionais que servem como fundamento para práticas autoritárias furtivas existem em países com credenciais democráticas favoráveis ou são adotados com apoio de organizações internacionais. A adoção de leis em torno da fiscalização financeira com apoio da referida Força Tarefa proporciona uma boa ilustração.⁴⁰⁹ Instituições internacionais são menos propensas a criticar mecanismos jurídicos ou instituições cuja adoção eles advogam ou endossam, como evidenciado pelo contínuo elogio da Força Tarefa em relação às leis de fiscalização financeira da Rússia, a despeito do evidente abuso.

Igualmente, atores políticos internacionais podem ser relutantes em resistir às práticas autoritárias furtivas se elas observarem leis que existam nos seus próprios sistemas jurídicos, para que não sejam acusados de hipocrisia. Por exemplo, a elevada cláusula de barreira da Turquia – cujos efeitos não democráticos já foram discutidos – tem, em grande medida, escapado do opróbrio internacional e mesmo obtido a bênção da Corte Europeia de Direitos

⁴⁰⁷ OTTAWAY, nota 33, p. 207.

⁴⁰⁸ Idem. p, 207-208. SHORE, Justin. Land Reform and Forced Evictions in Uganda, HUM. RTS. BRIEF (July 8, 2009), <http://hrbrief.org/2009/07/land-reform-and-forced-evictions-in-uganda/> (pontuando que “o Centre on Housing Rights and Evictions . . . elogiou o Presidente Yoweri Museveni por tomar uma posição pública rigorosa contra evicções ilegais”)

⁴⁰⁹ Vejam-se as notas 242-60 e texto respectivo.

Humanos.⁴¹⁰ Uma razão pode ser que, limites eleitorais existem em muitos países democráticos e são úteis para o governo. Na Alemanha, por exemplo, tal medida foi adotada com o propósito de criar alguma estabilidade num mercado político fragmentado.⁴¹¹ A crítica de atores políticos germânicos em relação àquela regra eleitoral turca pode chamar atenção para a correção da própria medida adotada na Alemanha. Diante de tal razão, muitos políticos no poder que aplicam as práticas autoritárias furtivas buscam desviar a crítica ao mencionar países democráticos estrangeiros que adotam o mesmo mecanismo jurídico criticado.⁴¹² Isso proporciona alguma legitimidade para aqueles mecanismos diante de audiências domésticas, mas também aumenta o custo para a comunidade internacional detectar o abuso e resistir à respectiva adoção.

IV.III Tipos de regime e cálculos em torno do custo-benefício

A subseção anterior discutiu porque cálculos em torno de relevante custo-benefício podem levar à adoção de práticas autoritárias furtivas à luz de retaliações domésticas e globais contra regimes políticos abertamente autoritários. A história completa, no entanto, é mais complexa. Se os benefícios do autoritarismo furtivo sempre excedessem seu custo, todos os governos autoritários substituiriam os mecanismos autoritários transparentes pelo controle furtivo. Isso está em desacordo com as evidências empíricas. Muito embora o número de regimes abertamente autoritários tenha caído significativamente após a Guerra Fria, práticas autoritárias transparentes ainda existem.⁴¹³ Esta subseção discute por que. Aqui, eu distensiono as premissas tradicionais da teoria da escolha racional e explico o desvio do comportamento

⁴¹⁰ Vejam-se as notas 185-87 e texto respectivo (discutindo a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos que manteve a cláusula de barreira turca)

⁴¹¹ POPTCHEVA, Eva-Maria. European Parliamentary Research Serv., Electoral Thresholds in European Elections: Developments in Germany 1 (2014). Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130606/LDM_BRI%282013%29130606_R_EV2_EN.pdf (destacando que a cláusula de barreira da Alemanha para o Parlamento Europeu é de 3%, ao invés dos 5% requeridos para as eleições domésticas, tendo em vista a ausência da necessidade de “sustentar um governo da União Europeia através de maiorias estáveis”).

⁴¹² Veja-se a seção III.VI.II.

⁴¹³ Ver o texto referente à nota 7 (pontuando que, de acordo com a Freedom House, a porcentagem de países apontados como “não livres” caiu de 46% em 1972 para 24% em 2012)

padrão que resulta de diferenças contextuais e da introdução de vieses cognitivos e do alto custo informacional.

O contexto importa para o comportamento político.⁴¹⁴ Líderes políticos não enfrentam os mesmos cálculos em termos de custo-benefício. Como resultado, eles não possuem a mesma inclinação em adotar práticas autoritárias furtivas. Como discutido anteriormente, a adoção de tais práticas é guiada, primeiramente, pelo desejo de agradar a comunidade internacional, satisfazendo as preferências normativas de atores globais e amenizando a população doméstica. Tais objetivos são mais importantes em alguns regimes que outros. Em outras palavras, alguns regimes são mais dependentes da aprovação internacional, legitimidade global, apoio popular doméstico que outros, cujo apoio deriva de outras fontes de legitimidade. O autoritarismo furtivo provavelmente criará raízes em regimes com algum grau de responsividade democrática e ameaças viáveis de desestabilização, as quais fazem com que a adoção da repressão direta seja muito custosa.⁴¹⁵

Estes regimes são, por sua vez, mais suscetíveis em ocupar a zona cinzenta dos regimes híbridos entre democracia e autoritarismo. É menos provável que tais regimes recorram aos mecanismos de repressão aberta – tais como violência ou grave ameaça – como se tem com os regimes abertamente autoritários.⁴¹⁶ Num regime que pode reprimir categoricamente a oposição política impunemente, não há necessidade de mecanismos de autoritarismo furtivo, tais como processos judiciais por ofensas à honra ou por crimes comuns. Além disso, a fama de regimes completamente autoritários pode já ter sido suficientemente manchada fazendo com que tentativas de buscar a boa vontade global ao esconder as práticas claramente autoritárias podem não produzir benefícios relevantes.⁴¹⁷ Não bastasse isso, a “fama de duro” pode em si gerar

⁴¹⁴ KOROBKIN; ULEN, nota 394, p. 1069.

⁴¹⁵ LAW; VERSTEEG, nota 47, p. 172 (“Quanto mais um regime precisar de apoio popular para manter o poder, menos plausível será a estratégia de repressão, e mais concessões o regime terá de fazer ao povo”); ACEMOGLU, Daron; A. ROBINSON, James. *Paths of Economic and Political Development*, in **The Oxford Handbook of Political Economy** 673, 681 (R. WEINGAST, Barry; A. WITTMAN, Donald eds., 2006); A. COOK, Steven. *The Promise of Pacts*, **J. DEMOCRACY**, Jan. 2006, p. 63, 68; MORJE HOWARD, Marc; G. ROESSLER, Philip. *Liberalizing Electoral Outcomes in Competitive Authoritarian Regimes*, 50 **AM. J. POL. SCI.** 365, 365 (2006).

⁴¹⁶ GILBERT; MOHSENI, nota 203, p. 9; SCHEDLER, Andreas. *Sources of Competition Under Electoral Authoritarianism*, in **Democratization by Elections: A New Mode of Transition** 179, 183 (I. LINDBERG, Staffan, ed., 2009) (destacando que regimes híbridos “não dependem de repressão aberta”)

⁴¹⁷ GUZMAN, nota 341, p. 1850.

benefícios para tais regimes.⁴¹⁸

Regimes completamente autoritários podem evitar práticas autoritárias furtivas, também, porque fundamentam sua legitimidade em fontes diversas de aprovação interna ou externa. Veja-se, por exemplo, monarquias, as quais dependem primariamente da família ou parentesco para perpetuar o governo contra qualquer resistência doméstica.⁴¹⁹ Muitas monarquias, tais como Arábia Saudita, baseiam sua legitimidade em bases históricas e religiosas, as quais servem como um substituto para adotar as armadilhas do moderno estado nacional democrático.⁴²⁰ Se reivindicações históricas ou religiosas garantem a perpetuação do governo monárquico, monarquias têm menos interesse em aplicar estratégias do autoritarismo furtivo. A adoção delas pode ser desnecessária em ditaduras militares, as quais são controladas por um ou mais líderes militares que dependem da força bruta através do aparato militar para consolidar o controle.⁴²¹ Ditaduras militares têm um pedigree histórico em vários países da América Latina (como o Chile de Augusto Pinochet) e da África (como a Líbia de Muammar Gaddafi).⁴²² Como as ditaduras militares dependem primeiramente de instrumentos de poder coercitivo para manter o governo, o custo em torno da reputação global discutido anteriormente em manter um regime abertamente autoritário é menos saliente para eles.⁴²³

Regimes que são dependentes de investimentos estrangeiros também são mais suscetíveis em adotar práticas autoritárias furtivas. Investidores normalmente requerem garantias jurídicas para que seus investimentos sejam protegidos e para a economia doméstica manter-se relativamente estável.⁴²⁴ Especialmente em regimes com altos níveis de corrupção

⁴¹⁸ Idem. p. 1851.

⁴¹⁹ LAW; VERSTEEG, nota 47, p. 168.

⁴²⁰ Idem. p. 171.

⁴²¹ Idem. p. 168.

⁴²² HADENIUS; TEORELL, nota 18, p. 146; H. ZOUBIR, Yahia; N. RÓZSA, Erzsébet. **The End of the Libyan Dictatorship: The Uncertain Transition**, 33 THIRD WORLD Q. 1267, 1267–69 (2012).

⁴²³ GUZMAN, nota 341, p. 1849. (“A existência de efeitos na reputação impacta nos incentivos dos países, mas em algumas circunstâncias tal impacto será insuficiente para alterar a respectiva conduta”). Mesmo monarquias ou ditaduras militares, no entanto, podem recorrer às práticas autoritárias furtivas. Tais práticas podem ser úteis se monarcas ou ditadores militares precisam reforçar suas estruturas e de legitimidade. A adoção de tais práticas pode resultar ainda de comportamento irracional. Em outras palavras, monarcas ou ditadores militares podem adotar práticas autoritárias irracionalmente mesmo quando elas não sejam necessárias para manter o domínio político e ostentam o potencial de produzir progresso democrático e quebras autoritárias.

⁴²⁴ MOUSTAFA; GINSBURG, nota 58, p. 1, 8.

governamental, a aparência de Estado de Direito pode proporcionar aos investidores céticos a confiança necessária para investir.⁴²⁵ As mesmas leis e instituições que protegem investimentos estrangeiros podem ser aplicadas seletivamente na esfera doméstica contra dissidentes políticos. Como mencionado acima, à Corte Constitucional egípcia foi garantido poder de interpretar a constituição em parte para atrair investimento estrangeiro e garantir aos investidores internacionais que a Corte iria dissuadir qualquer mudança na economia de livre mercado.⁴²⁶ A mesma Corte Constitucional, no entanto, protegeu os interesses do regime ao rejeitar mudanças em leis de emergência e tribunais militares, os quais compunham instrumentos importantes para o controle autoritário de Mubarak.⁴²⁷

Há três razões principais para o uso de práticas autoritárias furtivas por parte de um regime não implicar na rejeição absoluta de um comportamento mais transparentemente autoritário. Primeiramente, restrições estruturais, incluindo a configuração política e jurídica existente, podem prevenir a abolição de práticas autoritárias transparentes mesmo quando aqueles no poder assim desejem.⁴²⁸ Em segundo lugar, a adoção de práticas autoritárias furtivas pode ser insuficiente para manter o desejado nível de controle. Muito embora tais práticas minem o funcionamento saudável do mercado democrático, líderes políticos podem precisar recorrer às práticas autoritárias mais abertas para consolidar o controle. Por exemplo, se o uso de processos em face de ofensas à honra ou o processo penal seletivo contra oponentes políticos falhar devido aos recuos do Poder Judiciário, o regime pode adotar práticas mais abertamente autoritárias no sentido de reorganizar ou capturar a corte a fim de torná-la mais complacente. Em Singapura, por exemplo, o governo vedou o controle judicial de constitucionalidade, de acordo com procedimentos estabelecidos na Constituição, após o judiciário ter expandido direitos individuais.⁴²⁹

Em terceiro lugar, a persistência de práticas autoritárias transparentes pode também ser resultado do alto custo informacional e de vieses cognitivos. Devido ao alto custo em

⁴²⁵ Idem. p. 8-9.

⁴²⁶ MOUSTAFA, nota 90, p. 91.

⁴²⁷ Veja-se o texto respectivo da nota 85.

⁴²⁸ A. WAY, Lucan. **Deer in Headlights**: Incompetence and Weak Authoritarianism After the Cold War, 71. **SLAVIC REV.** 619, 621 (2012).

⁴²⁹ SILVERSTEIN, nota 12, p. 78-79.

processar informações sobre as práticas de determinado regime e o comportamento de outros atores relevantes, o regime em questão pode não ter se adaptado às novas tendências na governança autoritária e, desse modo, acaba falhando na implementação de práticas autoritárias furtivas. Pode-se denominar tal fenômeno como a ausência de aprendizado ditatorial.⁴³⁰ O funcionamento de um “viés em torno do *status quo*, o qual refere-se a uma preferência irracional em torno do atual estado de coisas” também pode estar operando.⁴³¹ Afetado por este comportamento, o governo autoritário pode depender de mecanismos tradicionais de controle mesmo onde as práticas autoritárias furtivas reduziram os custos e trariam mais benefícios. Essa segunda melhor escolha, no entanto, normalmente vem com um preço. Aqueles no poder que optem por mecanismos autoritários transparentes de modo irracional, serão conduzidos para fora do mercado autoritário. Os dados empíricos, os quais demonstram um declínio significativo nas práticas autoritárias transparentes desde o fim de Guerra Fria, amplamente apoiam tal teoria.⁴³²

Como ilustrado anteriormente, o autoritarismo furtivo pode também seduzir aqueles no poder em regimes democráticos. Tal prática pode ser especialmente atrativa para líderes democráticos, tendo em vista a aparente existência de credenciais democráticas bem estabelecidas. Tendo em vista a reputação democrática do regime, práticas autoritárias furtivas podem ser vistas como legítimas, em oposição ao exercício abusivo da discricionariedade. Mesmo assim, a discricionariedade fornecida para relevantes agentes com poder de decisão tende a ser mais limitada em democracias através de mecanismos formais e informais, os quais, por sua vez, inibem oportunidades para adoção do autoritarismo furtivo. Além disso, estratégias autoritárias furtivas, quando aplicadas em democracias, estão sujeitas ao criticismo de oponentes políticos, da mídia e atores da sociedade civil. O abuso de mecanismos jurídicos em democracias pode também resultar em processos civis ou penais contra autoridades relevantes. Tendo em vista que a possibilidade de monitoramento e sanção de autoridades públicas em

⁴³⁰ WAY, nota 423, p. 619 (explicando um tipo de incompetência autoritária a qual emerge a partir da desorientação e da persistência das antigas práticas do regime diante da iminente mudança política).

⁴³¹ O. VAROL, Ozan. Temporary Constitutions, 102 *CALIF. L. REV.* 409, 432 (2014).

⁴³² FREEDOM HOUSE, nota 7, p. 24.

democracias é mais elevada, é mais provável que as práticas autoritárias furtivas nesses regimes causem retaliações domésticas, restringindo seu uso.

IV.IV As implicações do autoritarismo furtivo

Como pontuado acima, o fenômeno do autoritarismo furtivo é neutro em relação ao regime, podendo ser observado tanto em democracias como em não democracias. Esta subseção discute inicialmente as consequências da prática nos dois tipos de regimes.

Para democracias, as consequências do autoritarismo furtivo dependem do grau de seu uso. O uso esporádico não é incomum e não deve necessariamente ser objeto de preocupação pois, como visto, tal uso pode ser detectado e sancionado pelo público informado. O uso mais extenso de tais práticas pode, no entanto, erodir a alternância partidária, restringir liberdades civis e levar à criação de monopólios políticos. O ponto específico no qual isso acontece é altamente dependente do contexto político, o qual torna a calibragem precisa mais difícil. Mas a ausência de mudanças em diversos ciclos eleitorais no poder Executivo ou Legislativo,⁴³³ juntamente com a prevalência das práticas autoritárias furtivas, é um forte indicador de que o regime está derrapando para o autoritário fim da democracia. Por exemplo, por quase todo o século XX, o sul dos Estados Unidos largamente manipulou as leis eleitorais, compondo um monopólio político em torno de partido único.⁴³⁴

Mais incerto, no entanto, são as implicações das práticas autoritárias furtivas em regimes híbridos ou autoritários. Inicialmente, o autoritarismo furtivo, em muitos casos, apresenta-se como um desvio moral menor do que os mecanismos tradicionais de controle autoritário. O uso de mecanismos jurídicos formais como um método de repressão é normalmente preferível que o uso de força arbitrária.⁴³⁵ Processos por ofensas à honra, por exemplo, são preferíveis que tortura ou grave ameaça aos jornalistas. De modo semelhante, o

⁴³³ Veja-se texto acompanhando as notas 40-41.

⁴³⁴ PILDES, nota 22, p. 125, 149. MORGAN KOUSSER, J. **The Shaping of Southern Politics: Suffrage Restrictions and The Establishment of The One-Party SOUTH, 1880-1910** (1974) (explicando os mecanismos eleitorais do controle autoritário nos estados do sul de 1880 a 1910)

⁴³⁵ Como Aristóteles sustentou: “O governo das leis é preferível àquele de qualquer indivíduo”. DAVIS, nota 311, p. 28.

processo penal garante caminhos para um certo alívio judicial diante de tribunais internos e internacionais, sendo preferível ao aprisionamento sem julgamento ou devido processo. Um regime que permite um limitado espaço para dissidência é, também, moralmente preferível que um regime que não tolera dissenso.

Nesse sentido, os programas de promoção da democracia nos Estados Unidos e em outros lugares têm alcançado sucesso em persuadir autoritários a adotar práticas moralmente menos questionáveis. Como já discutido, no entanto, mecanismos de promoção da democracia já existentes também têm facilitado um certo nível de aprendizagem autoritária e criado as próprias condições na qual as práticas autoritárias furtivas desenvolvem-se. Tendo em vista que tais mecanismos se concentram limitadamente em detectar as óbvias deficiências democráticas, eles são substancialmente menos efetivos em detectar a erosão sutil da competição política que o autoritarismo furtivo efetua. Isso, por sua vez, proporciona relevante incentivo ao autoritário para substituir mecanismos autoritários transparentes pelo controle furtivo. Além disso, um Estado que satisfaça o critério de promoção da democracia aplicável é normalmente agraciado com o rótulo de “democrático”, o qual pode proporcionar cobertura jurídica e política para as práticas furtivas.

O que a prevalência do autoritarismo furtivo num regime híbrido ou autoritário representa para o futuro do regime? Há três caminhos principais: o regime pode persistir na sua forma atual, decair ainda mais no autoritarismo ou desenvolver uma democracia.

Muito embora menos insidioso que as formas tradicionais de autoritarismo, o autoritarismo furtivo pode gerar uma forma mais durável de autoritarismo que permite ao regime persistir na sua forma atual ou tornar-se mais autoritário. Na era pós-Guerra Fria, o uso de mecanismos transparentemente autoritários pode reduzir a vida útil de um regime repressivo, enquanto o autoritarismo furtivo pode prolongá-lo. Como já discutido, os usos dos mecanismos autoritários furtivos podem permitir àqueles no poder a manutenção deste ao agradar às audiências interna e externa, provendo um espaço limitado para a expressão dos descontentes e desabilitando oponentes políticos através de meios aparentemente legítimos. Tendo em vista que ele depende de mecanismos jurídicos formais que existem em regimes com credenciais democráticas favoráveis, o autoritarismo furtivo é mais difícil de ser detectado e eliminado que

sua contraparte mais transparente, o que pode fortalecer a sua durabilidade. O autoritarismo furtivo também pode permitir a retenção do monopólio político daqueles no poder, mesmo com a implementação de reformas democráticas.

Mesmo onde é possível vencer o governo no poder, a substituição do regime pode depender dos mesmos mecanismos e estruturas jurídicas estabelecidos pelos líderes políticos para perpetuar o respectivo poder.⁴³⁶ Líderes políticos recém-eleitos normalmente ostentam pouco incentivo para mudar o sistema jurídico que proporciona vantagens sistêmicas àqueles no poder. Como Steven Levitsky e Lucan Way observam, as diversas rotatividades eleitorais após a Guerra Fria trouxeram poucas mudanças institucionais, de modo que os partidos que sucederam não governaram democraticamente.⁴³⁷ Na Rússia, por exemplo, a ordem constitucional estruturada pelo Presidente Boris Yeltsin, com um executivo forte e frágeis instituições de controle, permitiu a continuidade de regime de autoritarismo competitivo, mesmo depois da renúncia daquele presidente.⁴³⁸ A rotatividade eleitoral em regimes híbridos pode, assim, permitir a perpetuação das práticas autoritárias furtivas.

O autoritarismo furtivo pode também ser pernicioso, tendo em vista a facilitação do aprendizado e da disseminação autoritária para outros regimes.⁴³⁹ As práticas furtivas podem garantir durabilidade num regime e podem ser emuladas em outros para propósitos não democráticos. Informações que ensinam aos líderes no poder como manter o poder político, enquanto se agrada as audiências domésticas e globais, podem ser efetivamente disseminadas por diferentes regimes jurídicos através da imitação ou do diálogo entre os regimes, gerando um manual de instruções do autoritarismo furtivo.

Resta, no entanto, a possibilidade de que o uso do autoritarismo furtivo possa eventualmente conduzir à redemocratização. O uso das práticas autoritárias furtivas pode

⁴³⁶ LANDAU, nota 5, p. 214.

⁴³⁷ LEVITSKY; WAY, nota 6, p. 22–23. (“Tais casos são numerosos demais para serem ignorados ou tratados como exceções.”)

⁴³⁸ LANDAU, nota 5, p. 214 no.96.

⁴³⁹ HEYDEMANN, Steven; LEENDERS. **Reinoud. Authoritarian Learning and Authoritarian Resilience: Regime Responses to the ‘Arab Awakening,’** 8 **GLOBALIZATIONS** 647, 651 (2011) (destacando que “há... um grau de conexão recíproca e aprendizado, e um processo de atualização das probabilidades e estratégias, entre líderes autoritários”).

marcar o início do fim do governo repressivo.⁴⁴⁰ O autoritarismo furtivo, em outras palavras, pode representar uma fotografia passageira na transformação gradual do regime de um modelo autoritário para uma democracia. Muito embora práticas autoritárias furtivas sejam antidemocráticas, eles podem, em alguns casos, produzir condições nas quais a democracia possa amadurecer, mesmo caso isso, aparentemente, desafie a democracia. A rejeição das táticas abertamente repressivas, e a adoção de mecanismos jurídicos que existam em países democráticos podem abrir a caixa de Pandora da democracia e fomentar adicionais mudanças democráticas. Pode ser possível para as gerações futuras respirar vida democrática nos mecanismos jurídicos formais que eram anteriormente adotados para propósitos furtivos autoritários. Como resultado, mesmo a partir de mecanismos jurídicos que proporcionem as ferramentas para o autoritarismo furtivo, eles também podem, em alguns casos, produzir benefícios democratizantes.

V. CONCLUSÕES

A compreensão acadêmica do autoritarismo tem falhado em manter o acompanhamento da evolução dos regimes autoritários. A volumosa pesquisa em tal tema tem focado especialmente na explicação dos mecanismos tradicionais e abertamente transparentes dos mecanismos de controle autoritário. Estas estratégias tradicionais ainda persistem, certamente, mas o foco estreito nelas tem deixado sem teorizações uma tendência emergente na governança autoritária.

Este artigo proporcionou uma teorização abrangente e transversal de tal tendência, a qual denominei como autoritarismo furtivo. Em resposta à repressão contra as práticas abertamente autoritárias após a Guerra Fria, a nova geração de autoritários ou pretensos autoritários aprenderam a recorrer às formas mais sutis de controle. Especificamente, eles aprenderam a perpetuar seu poder através dos mesmos mecanismos jurídicos, constitucionais e

⁴⁴⁰ SCHMIDT, nota 210, p. 334. (argumentando que a substituição de transparentes e legalizadas discriminações por táticas mais sutis e neutras em relação à raça no Sul dos Estados Unidos “foi uma indicação de que o sistema da supremacia branca estava em declínio e que os respectivos adereços jurídicos estavam sendo destruídos, forçando os sulistas brancos a depender mais dos métodos indiretos para proteger o mundo de Jim Crow.”)



AUTORITARISMO FURTIVO

STEALTH AUTHORITARIANISM*

infraconstitucionais, que existem em regimes com credenciais democráticas favoráveis. A partir da teoria da escolha racional, o artigo argumentou que mecanismos autoritários furtivos geram benefícios significativos para muitos regimes, enquanto aumentam o custo real ou aparente em detectar e eliminar as práticas autoritárias diante de relevantes atores internos e externos.

O surgimento do autoritarismo furtivo é importante por três razões. Primeiramente, desafia a sabedoria tradicional presente na literatura, a qual tem amplamente evitado analisar o papel que os mecanismos jurídicos desempenham no controle autoritário. Em segundo lugar, o estudo do autoritarismo furtivo levanta importantes questões na teoria jurídica e democrática ao demonstrar os limites do processo democrático e sua vulnerabilidade ao abuso autoritário. Como explicado, o autoritarismo furtivo é um fenômeno neutro em relação aos regimes e, com o nível apropriado de discricionariedade presente em regras relevantes, estes mecanismos estão sujeitos ao abuso tanto em democracias como em não democracias. Em terceiro lugar, os mecanismos atuais de promoção da democracia, embora sejam efetivos em detectar as estratégias tradicionais de governança autoritária, são menos eficazes em detectar o autoritarismo furtivo, o qual depende de reconfigurações mais sutis na ordem política. Paradoxalmente, estes mecanismos de promoção da democracia, os quais buscam de modo limitado por deficiências democráticas óbvias, têm proporcionado cobertura política e jurídica para as práticas autoritárias furtivas e criado as próprias condições pelas quais elas desenvolvem-se. Muito embora o autoritarismo furtivo fomente uma ordem autoritária mais durável, ele pode também produzir, em alguns regimes, as condições pelas quais a democracia pode amadurecer e expandir-se numa dinâmica do tipo “dois passos para frente e um para trás”.

Recebido em: 25 de agosto de 2023
Aceito em: 25 de agosto de 2023



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Cintia Sousa de Freitas¹

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present an overview on the discussion around the justiciability of economic, social and cultural rights (ESCR), *i.e.*, whether they are able to be invoked before national or international courts. Thus, from the traditionally unfavorable allegations to the ESCR, a historical review on its origin, concept and legal nature is presented in order to dismantle those allegations, bringing up the pertinent arguments, presented as an outcome of this study, which prove, therefore, the ESCR justiciability. From a methodological perspective, this paper is developed through analysis regarding the different approaches in legal sources and official documents at the national, and in particular, the international sort, in order to demonstrate that the present discussion can take place in any level, whether national, regional or global, whenever DESC violation is detected. For this reason, the arguments intend to overcome the discussion on the justiciability of DESC as a way of guaranteeing a legal remedy to victims in case of violation, in order to increase levels of quality of life and contribute to the drastic reduction of poverty and social inequalities of any country. Therefore, if the justiciability of ESCR is not recognized as is the justiciability of civil and political rights (CPR), all the acknowledgments and efforts made to consider all human rights as one integrated body will be worthless.

Keywords: human rights; violation; justice.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo apresentar um panorama geral sobre a discussão em torno da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), ou seja, sobre a possibilidade de exigir seu cumprimento perante o Poder Judiciário, seja ele em âmbito nacional ou internacional. Para isso, partindo-se das alegações tradicionalmente desfavoráveis aos DESC, apresenta-se um levantamento histórico sobre sua origem, conceito e natureza jurídica com o intuito de desmontar aquelas alegações, trazendo os argumentos pertinentes, apresentados como resposta e resultado deste estudo, que comprovam, portanto, a justiciabilidade dos DESC. Do ponto de vista metodológico, este trabalho desenvolve-se por meio da análise jurídica a respeito das diferentes abordagens presentes em doutrinas e documentos oficiais, de cunho nacional e, especialmente internacional, de modo a demonstrar que a presente discussão pode se apresentar em qualquer esfera, nacional, regional ou global, sempre que verificada a violação a um dos DESC. Por esta razão, os argumentos expostos pretendem superar a discussão sobre a justiciabilidade dos DESC como forma de garantir um remédio legal às vítimas em caso de violação, a fim de colaborar com o aumento dos níveis de qualidade de vida e contribuir na redução drástica da pobreza e das desigualdades sociais de um país. Neste sentido, se a justiciabilidade dos DESC não for devidamente reconhecida, assim como é para os direitos civis e políticos (DCP), todos os esforços feitos para o reconhecimento dos direitos humanos, como um só corpo integrado, serão em vão.

Palavras-chave: direitos humanos; violação; justiça.

¹ Professora efetiva no curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Chefe do Departamento de Inovação e Empreendedorismo da PROPEG/UERN. Mediadora e conciliadora pelo TJRN. Doutoranda em Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Humanos e Democratização pelo European Inter-University Centre of Human Rights and Democratisation e Universidade de Graz Karl Franzens (Itália/Austria). Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

1- INTRODUCTION

The examination and in-depth analysis of the historical evolution of human rights in general and economic, social and cultural rights (ESCR) in particular, require, undoubtedly, an extensive and elaborated work. Since the objective of this study is more modest, it will only raise the most relevant aspects of the origins, the concept and the legal nature of ESCR and will emphasise the controversies on their justiciability, which means the possibility of demanding their compliance before the Judiciary, whether national or international.

Thus, from a methodological point of view, this work is developed through legal analysis regarding the different approaches present in doctrines and official documents, being national (such as the Constitutions) and, especially international (such as UN documents), in order to demonstrate that the current discussion can be presented in any sphere, national, regional or global, whenever a violation of one of the DESC is verified.

As a starting point, there is the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), adopted in 1948 by the United Nations General Assembly (UNGA), which proclaimed for the first time the protection of both categories of human rights, *i.e.*, civil and political rights (CPR) and psychological, social and cultural rights (ESCR) at the universal level. Later, in 1993, the Vienna Declaration and Programme of Action established, in its Art. 5, that all human rights are "universal, indivisible, interdependent and interrelated".

Despite the international recognition of ESCR, the ideal of having all these rights effectively protected has not yet been achieved. Beyond doubt, gross human rights violations, in relation to both categories of human rights, occur at a daily basis. Whereas CPR relate to the non-interference of the state in the rights of individuals, ESCR concern the ability of people to have an adequate standard of living fullfield.

Therefore, the arguments set out in this study intend to overcome the discussion on the justiciability of ESCR as a way of guaranteeing legal remedies to victims in case of their violation.



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

2 - HUMAN RIGHTS ARISING: ORIGINS AND HISTORICAL EVOLUTION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

The origins of the acknowledgment of ESCR are very diffuse. Firstly, ESCR derive from and reflect principles expressed in diverse religious traditions to care for those in need and those who cannot look after themselves (STEINER; ALSTON; GOODMAN, 2008). This religious charity-based approach reflects however “the obligation of one individual to another, rather than the obligation of the state as to an individual” (STARK, 2009, p. 91). Still, “the recognition that the poor, the sick, the very old and the very young have a moral claim against the larger community is a powerful and enduring norm” (STARK, 2009, p. 91).

The ESCR can further be traced to the XVIII century liberal philosophers promoting that humans can create a better and fairer world through reason and science. In this period of the Enlightenment, various philosophers discussed the connection between individuals and their rights. On the one side, English philosophers, such as John Locke pointed out the importance of negative rights, such as freedom of speech and of religious from state restrictions. On the other side, French philosophers like Jean-Jacques Rousseau discussed the obligation of the state to take positive actions in order to assure a decent standard of living for its people (STARK, 2009, p. 91).

In the 1791 French Constitution certain social concerns with regard to the protection of vulnerable people found entrance and in the 1793 French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, the notion that the vulnerable have a claim against the state was included (FERREIRA FILHO, 2010, p. 64-65).

During the XIX and XX centuries, out of the necessity to address social problems resulting from the Industrial Revolution inducing economic and political developments in particular in the US and Western Europe, ESCR increasingly became recognised (FERREIRA FILHO, 2010, p. 59). Due to the development of economic liberalism, the wealth of the bourgeois class suddenly increased. The lack of social policies in western states left the working class in a miserable situation without corporative or state protection. Due to the technical progress machines increasingly replaced manual causing high unemployment rates and working

DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

conditions were extremely poor and inhuman. The growing disparities between the working and the bourgeoisie class finally led to protests by the former against the prevalent system aimed to acquire more rights (FERREIRA FILHO, 2010, p. 61).

The starting social unrests led to the inclusion of ESCR in the legal frameworks, *i.e.* constitutions of several countries. In particular, the Mexican Constitution of 1917 was the first to establish labour rights as fundamental rights, in its Art. 123. Another extremely important document for the recognition of ESCR was the 1919 Weimar Constitution dealing in particular with the right to property and its limitation “for the purpose of public welfare”, according to its Art. 153. This document inspired several other Constitutions in the world, such as the 1934 Brazilian Constitution establishing for the first time an entire title (SILVA, 2008, p. 285) about the “Economic and Social Order” (Title IV).

Nonetheless, it was only with the creation of the United Nations (UN) in 1945 that ESCR were internationally recognised as human rights. The Universal Declaration of Human Rights (UDHR), adopted in 1948 by the UN General Assembly (UNGA), for the first time incorporated at the universal level both ESCR and civil and political rights (CPR).

The UDHR, as a GA resolution, does not have the same legal character as a treaty or a convention, even though it is argued that at least parts of it have the status of customary law. Thus, in order to transform the Declaration’s provisions into legally binding obligations, the UNGA promoted two new documents, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) in 1966 (STEINER; ALSTON; GOODMAN, 2008, p. 137). Both Covenants entered into force in 1976, after receiving each 35 ratifications². Together with the UDHR, the two Covenants built the “International Bill of Human Rights”, “the bedrock of the international normative regime for human rights” (STEINER; ALSTON; GOODMAN, 2008, p. 263). It is important to mention that until 1st May 2023, out of 193 UN member states, 171 ratified the ICESCR, whereas 173 states have ratified the ICCPR (UN, 2023).

At the international level, the adoption of the ICESCR and in particular the work of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), the body in charge to monitor

² According to Art. 27(1) of ICESCR and Art. 49(1) of ICCPR.

DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

the implementation of the treaty obligations by states, have been most relevant for the strengthening and the recognition of ESCR as human rights (COOMANS, 2009, p. 293).

Still, even though ESCR were recognised as human rights, they continued to be considered a different category of rights compared to CPR. However, both categories are completely interrelated (ISA, 2009, p. 39). In 1968, at the First International Conference on Human Rights in Teheran, it was firstly recognised that “all human rights and fundamental freedoms are indivisible and interdependent” (UN, 1968). This approach was restated and extended in the Second World Conference on Human Rights, through the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action (VDPA), establishing in its Art. 5 that all human rights, *i.e.* CPR and ESCR, are “universal, indivisible, interdependent and interrelated”.

In fact, there was no consensus between Western states (“Universalists”) and those states supporting cultural relativism (“Relativists”) regarding these aspects inherent to all human rights. For Universalists, human rights stem from “specifies minimum conditions for a dignified life, a life worthy of a human being” (DONNELLY, 2013, p. 16). For Relativists, the notion of human rights is connected to politic, economic, cultural, social and moral systems present in a determined society. Moreover, the Relativists affirm that Universalists only invoke a hegemonic view of the Western culture regardless the cultural aspects of other societies, whereas the Universalists declare that Relativists, on behalf of culture, intend to cover serious violations of human rights (PIOVESAN, 2013, p. 49).

Nonetheless, the compromise formula established in the VDPA, at that time, was the best solution in order to overcome the distinction construed between the two categories of rights (ISA, 2009, p. 47).

3 - THE LEGAL NATURE OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

The brief introduction above showed that through the ICESCR and the subsequent work of its Committee, ESCR step by step became a “full member of the human rights family” (COOMANS, 2009, p. 293).

According to the ICESCR, which structure was basically copied by other regional and

DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

domestic legal instruments, ESCR encompass:

- a) Economic rights: the right to work, the right to fair and favourable working conditions, the freedom to form and join trade unions, the right to strike;
- b) Social rights: the protection of the family and maternity as well as of children and juveniles, the right to social security, the right to an adequate standard of living, including food, clothing, and housing, the right to health
- c) Cultural rights: the right to education and participation in cultural life and the protection of intellectual property. Moreover, this category of rights is also constituted of right of all peoples to self-determination, prohibition of discrimination and gender equality.

Art. 2 (1) of the ICESCR establishes that states parties in order to fulfil their obligations have to take steps, individually and through international co-operation, to the “maximum of [their] available resources, with a view to achieving progressively the full realisation of the rights recognised in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”.

According to Coomans, in order to understand the differences between both categories of rights, the central provisions of the ICCPR and ICESCR and the scope of state obligations they enshrine have to be analysed. Whereas CPR can be generically considered as immediate and enforceable since obligations of states mainly concern the non-interference in the rights of the individual, ESCR have been basically perceived as non-immediate and non-enforceable (COOMANS, 2009, p. 295) due to the requirement of progressive realisation as enshrined in the ICESCR. However, over the years and in particular because of the interpretative work by the CESCR in its General Comments, the legal nature of ESCR has been defined and specified (EIDE, 2001, p. 9).

For instance, in General Comment No. 3, paragraph 1, the CESCR pointed out that the emphasis placed on the different wordings of both Arts. 2 of the two Covenants fails to recognise that “there are also significant similarities” between both categories of rights. While



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Art. 2, ICESCR, states that “[e]ach State Party [...] undertakes to take steps [...], to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realisation of the rights”, Art. 2, ICCPR, establishes that “[e]ach State Party [...] undertakes to respect and to ensure to all individuals [...] the rights recognised”.

The argument that ESCR are neither enforceable nor immediate in their application has to be analysed case by case as same as CPR. Due to the conceptual misunderstandings about the precise nature of ESCR, the justiciability of the latter (MELISH, 2009, p. 33) has also been questioned as will be discussed in the subsequent section.

4 - THE MATTER OF JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

Even though ESCR have over the years been recognised as human rights, another question and subject of heavy debates has been their justiciability, *i.e.* whether they are “able to be invoked before the courts” (UN, 1990, paragraph 6) in case of their violation.

The discussion on the justiciability of ESCR is not a new one, since the main reasons of objection have been basically based on the same arguments used for denying ESCR the status as human rights, *i.e.* their legal nature connected to the nature of state’s obligations.

The aim of the next section is to develop on the traditional arguments used to contest the justiciability of ESCR. In fact, most common arguments against their justiciability relate to the comparison between ESCR and CPR opposing and classifying them as “vague/precise, positive/negative, progressive/immediate and expensive/cost-free” (YESHANEW, 2013, p. 49), respectively.

The subsequent discussion will dismantle the commonly used arguments related to the justiciability of ESCR and analyse them in three categories, *i.e.* the positive and negative dichotomy between ESCR and CPR; the vagueness of ESCR and their judicial enforcement; and the progressive realisation and available resources to implement ESCR.

4.1 The positive and negative dichotomy between economic, social and cultural rights and civil



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

and political rights

One of the main arguments against the justiciability of ESCR concerns the nature of states' obligations with regard to their implementation. It has been argued that while CPR relate to states' abstentions, protecting the individual against interference into its personal autonomy, the main objective of ESCR is a positive state conduct in order to protect and implement them. Thus, while the primary function of CPR is to limit states' power (negative obligation), ESCR require positive actions from the states (positive obligation) (SARLET, 2009, p. 66).

According to this argumentation, CPR are justiciable since they only require states to refrain from abusive actions, such as "don't kill, don't torture" (MELISH, 2009, p. 36). On the other hand, ESCR are not justiciable because they impose general positive obligations on the state, requiring, for instance, more expenditures on social facilities and infrastructure. Courts, are neither equipped nor in the right position to take such complex decisions belonging to the policy rather than the judicial sphere (MELISH, 2009, p. 36).

Still, the focusing exclusively on this negative and positive dichotomy of CPR and ESCR is not suitable as argument against their justiciability, since both categories of rights "include negative and positive elements and impose on states a spectrum of obligations that range from refraining from direct violations of rights to providing goods and services" (CAVALLARO; SCHAFFER, 2007, p. 345).

The state, according to Melish (2009, p. 36-37, author's emphasis), has just

as strong a *negative duty* to refrain from destroying a family's food supply as it does from torturing detainees in custody. At the same time, the state's *positive duty* to create an electoral system in which fair voting by secret ballot can be achieved for all citizens is just as binding as its obligations to create health care system.

Therefore the attempt to divide both categories of rights based on the character of their inherent obligations is not practical, since the realisation of CPR require positive actions as the fulfilment of ESCR requires the realisation of CPR. According to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, both ESCR and CPR impose three different types of obligations on states: the obligations to respect, protect and fulfil. The failure to comply

DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

with one of the three obligations already constitutes a rights' violation. The obligation to respect requires states to refrain from interfering with the enjoyment of ESCR; the obligation to protect demands states to prevent violations of ESCR by third parties; and the obligation to fulfil requires states to take appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures in order to fully realise ESCR.

4.2 *The vagueness of economic, social and cultural rights and their judicial enforcement*

The general argument regarding the justiciability of rights, which is automatically applicable to ESCR, is related and dependent on the "positivisation", *i.e.* the adoption of laws or other legal normative acts at the national level (EIDE; ROSAS, 2001, p. 30).

However, it has been argued that ESCR are just too imprecise with respect to the nature and scope of their obligations, binding states under international law, resulting in a lack of legal implications: "when a right is established in the law without explicit or clearly implicit elaboration as to its scope, content, and counterpart obligations, such a right is legally inoperative and cannot be claimed in the courtroom (MELISH, 2002, p. 34).

Further traditional points of critique concern that the judicial enforcement of ESCR would constitute a violation of the democratic principle of the separation of powers since their realisation depends on budgetary decisions. Judges would be in charge of decisions actually belonging to the competences of the legislative or the executive powers (MICHELMAN, 2003, p. 13).

Nonetheless, according to Melish (2002, p. 34), ESCR are not vaguer than CPR requiring for instance "due process" or "equal protection" without specifying. However, CPR have benefited significantly from more authoritative interpretation over the past decades, while the normative content of ESCR has still been discussed by experts, international human rights bodies and some domestic trying to provide some authoritative guidance.

Invoking the theory of separation of powers is the result of a conservative approach to traditional constitutional doctrine. However, the modern welfare state and its various conceptions require overcoming these old dogmas (KRELL, 2022, p. 70). According to

DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Schutter, “judges and other branches of government should be seen less as opposing one another – the power attributed to the ones meaning less power left to the others – than as complementing each other. Courts therefore should not have to choose between substituting themselves for the other authorities, or abdicating their responsibility to monitor compliance with economic and social rights” (DE SCHUTTER, 2010, p. 743).

The CESCR, in General Comment No. 9, paragraph 9, explains that “the right to an effective remedy need not be interpreted as always requiring a judicial remedy”, however, there are some obligations to which the provision of some form of judicial remedy would seem indispensable in order to satisfy the requirements of the ICESCR. “In other words, whenever a Covenant right cannot be made fully effective without some role for the judiciary, judicial remedies are necessary”.

Another important issue discussed in this General Comment is related to the argument that the principle of separation of powers “prohibits courts from encroaching upon the legislative function of deciding how to allocate scarce public resources” (MELISH, 2002, p. 37).

In response, the CESCR, in its General Comment No. 9, Part C, paragraph 10, stated that

courts are generally already involved in a considerable range of matters which have important resource implications. The adoption of a rigid classification of economic, social and cultural rights which puts them, by definition, beyond the reach of the courts would thus be arbitrary and incompatible with the principle that the two sets of human rights are indivisible and interdependent. It would also drastically curtail the capacity of the courts to protect the rights of the most vulnerable and disadvantaged groups in society.

Confirming the idea that ESCR are justiciable, the UNGA adopted an Optional Protocol to the ICESCR that enables victims of violations of rights covered by the Covenant to address individual complaints to the CESCR (UN, 2008). Although the Committee, a quasi-judicial body, only can make non-binding recommendations to states, they still hesitate to ratify this new Protocol, which was adopted in 2008 and entered into force in 2013. Until 1st May 2023, out of 171 states parties to the ICESCR, only 27 have ratified it, such as Argentina, Bolivia,



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Bosnia & Herzegovina, Ecuador, El Salvador, Finland, Mongolia, Montenegro, Portugal, Slovakia, Spain and Uruguay (UN, 2023).³

The adoption of the Protocol however proves that the debate on the justiciability of ESCR is becoming more and more obsolete. It can be said that “perhaps social rights are vague because they are not adjudicated” (KRATOCHVÍL, 2009, p. 34).

Undoubtedly, there is a growing awareness by the judiciary for the justiciability of ESCR which, in the last instance, can ensure the enforcement of ESCR. By including ESCR in their judicial practice either granting a subjective right or declaring a restrictive or retrocessive measure unconstitutional, judicial bodies have to be aware of their responsibility to act in accordance with the principle of separation of powers (SARLET, 2009, p. 355).

4.3 The progressive realisation and available resources to implement economic, social and cultural rights

Another argument used against the justiciability of ESCR concerns their progressive realisation and their dependence of their realisation on the spending of states' financial resources. In other words, it has been argued that the nature of ESCR requires positive actions often involving public spending by states in order to be realised, while the obligations of states to ensure the enjoyment of CPR do not require so (EIDE, 2001, p. 32). According to Eide, this is a gross oversimplification. As has been explained above there are three different obligations with regard to the realisation of human rights (respect, protect and fulfil). In the argumentation on the justiciability, the progressive realisation and the need for financial resources the obligation to fulfil ESCR is always compared to the obligation to respect CPR.

The Limburg Principles on the Implementation of the ICESCR, in its paragraph 21, states that:

[t]he obligation ‘to achieve progressively the full realisation of the rights’ requires states parties to move as expeditiously as possible towards the realisation of the rights. Under no circumstances shall this be interpreted as implying for states the right to

³ In the other hand, until 1st May 2023, out of 173 states parties to the ICCPR, 116 have ratified the Optional Protocol to ICCPR.



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

deter indefinitely efforts to ensure full realisation. On the contrary all states parties have the obligation to begin immediately to take steps to fulfill their obligations under the Covenant.

In General Comment No. 3, paragraph 9, the CESCR also states that “any deliberately retrogressive measures” with regard to the obligation to achieve progressively the full realisation of the rights, established in Art. 2 (1) ICESCR, “would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources”.

The discussion on the progressive realisation is closely connected to the aforementioned fact that the realisation of ESCR may depend on the availability of adequate financial and material resources of states. However, this argumentation could also be related to the implementation of CPR, since their fulfilment as well will require the spending of public funds. Even though the non-fulfilment of certain rights is to be refused might be a natural consequence of the scarcity of resource (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 95-97). Still, according to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, in paragraph 10, this argument does not absolve states “of certain minimum obligations in respect of the implementation” of ESCR. states are “obligated regardless of the level of economic development, to ensure respect for minimum subsistence rights for all” and “must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations”, according to General Comment No. 3 of ICESCR, in its paragraph 10.

In addition, the CESCR, in General Comment No. 9, paragraph 10, explained that judicial remedies for violations of ESCR are essential and many provisions in the ICESCR are capable of immediate implementation. It also clarified the difference between “justiciability (which refers to those matters which are appropriately resolved by the courts) and norms which are self-executing (capable of being applied by courts without further elaboration)”.

Finally, the Committee, despite admitting that each legal system needs to be taken into consideration and that the allocation of resources should be left to the political authorities rather than to the courts, it confirms that the adoption of a rigid classification of ESCR, in defining



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS

DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

them beyond the reach of the courts, would be arbitrary and incompatible with the principle that the two sets of human rights are indivisible and interdependent (UN, 1998, paragraph 10).

5 - CONCLUSION

As discussed in this paper, ESCR have been often considered as being fundamentally different from CPR. Nonetheless, this distinction is artificially constructed and even counterproductive, since it has widely been recognised that all human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated.

However, the historical approach to interpreting the character and legal nature of human rights and the constant comparison of ESCR with CPR has hindered the latter's justiciability. Still, most of the arguments against their justiciability, *i.e.* that they require only positive obligations from states, or are too vague to be enforced, or depend on financial resources to be progressively realised etc., have become than obsolete as has been discussed above.

Undoubtedly, the discussion about the justiciability of ESCR is crucial since the judicial enforcement of human rights is fundamental. As reported by the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) “a right without remedy raises questions of whether it is in fact a right at all. This is not to say that judicial enforcement is the only, or indeed the best, way of protecting economic, social and cultural rights. However, judicial enforcement has a clear role in developing our understanding of these rights, in affording remedies in cases of clear violations and in providing decisions on test cases which can lead to systematic institutional change to prevent violations of rights in the future.

Ultimately, this study accomplished its main purpose of presenting the arguments that supports the wide recognition of justiciability of all ESCR, so that they can be effectively protected, thus collaborating with the increase in quality of life levels and contributing to reduce drastically poverty and social inequalities in a country. This is because states must be held accountable for non-compliance with the human rights obligations to which they are committed, either because they are states parties to international treaties, or because they are complying with the mandate of their own Constitutions.



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND
CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS
DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS
DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

REFERENCES

BRAZIL. [Constitution (1934)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Consulted on: 12 abr. 2023.

BRAZIL. [Constitution (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Consulted on: 17 abr. 2023.

CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Rejoinder: justice before justiciability: inter-american litigation and social change. *In: New York University Journal of International Law and Politics*, p. 385-412, no 385, 2006.

COOMANS, Fons. Globalisation and Human Rights. *In: International Human Rights Law in a Global Context*. Felipe Gómez Isa; Koen de Feyter (eds.). p. 293-318. Bilbao: University of Deusto, 2009.

DE SCHUTTER, Olivier de. **International Human Rights Law**. New York: Cambridge University Press, 2010.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. New York: Cornell University Press, 2013.

EIDE, Asbjorn. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, p. 9-36. *In: Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. Eide, Asbjorn, Catarina Krause and Allan Rosas (eds.). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

EIDE, Asbjorn; ROSAS, Allan. Economic, Social and Cultural Rights: a universal challenge, p. 3-8. *In: Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. Eide, Asbjorn, Catarina Krause and Allan Rosas (eds.). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANCE. [Constitution (1791)]. **Constitution de 1791**. Available at: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>. Consulted on: 2 April 2023.

FRANCE. [Constitution (1793)]. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1793**. Available at: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-](https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-)



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND
CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS
DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS
DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

histoire/constitution-du-24-juin-1793. Consulted on: 2 April 2023.

GERMANY. [Constitution (1919)]. **Die Verfassung des Deutschen Reichs** (“**Weimarer Reichsverfassung**”). Available at: https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstext_e/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf. Consulted on: 11 abr. 2023.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

KRATOCHVÍL, Jan. Realizing a promise: a case for ratification of the Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *In: Human Rights Brief*, p. 30-35, v. 16, no 3, 2009. Available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=hrbrief>. Consulted on: 30 April 2023.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MELISH, Tara J. **Protecting economic, social and cultural rights in the Inter-American Human Rights System**: a manual on presenting claims. Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School. Centro de Derechos Económicos y Sociales, Ecuador, 2002.

MEXICO. [Constitution (1917)]. *Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de Febrero de 1917*. Available at: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf. Consulted on 11 abr. 2020.

MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights, and liberal political justification. *In: International Journal of Constitutional Law*, p. 13-34, v. 1, Issue 1. New York: Oxford University Press, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STARK, Barbara. Economic, Social and Cultural Rights: International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights. *In: Encyclopedia of Human Rights*, p. 88-96, v. 2, David P. Forsythe (Editor in chief), New York: Oxford University Press, 2009.



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND
CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS
DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS
DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip and GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in context: law, politics, morals**. New York: Oxford University Press, 2008.

THE MAASTRICHT CENTRE FOR HUMAN RIGHTS AND THE URBAN MORGAN INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS. International Commission of Jurists (ICJ). **Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights**: on the occasion of the 10th anniversary of the “Limburg Principles”, 26 January 1997. Available at: <https://www.refworld.org/docid/48abd5730.html>. Consulted on: 5 April 2023.

UNITED NATIONS. **Charter of the United Nations**, 24 October 1945. Available at: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>. Consulted on: 30 April 2023.

UNITED NATIONS. Commission on Human Rights, Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights. **The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights**, E/ CN.4/1987/17, 8 January 1987. Available at: <https://www.refworld.org/pdfid/48abd5790.pdf>. Consulted on: 05 April 2023.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment No 3: The Nature of States Parties’ Obligations**, 14 December 1990, E/c/23. Available at: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CESCR_GEC_4758_E.doc. Consulted on: 11 April 2023.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment No 9: The domestic application of the Covenant**, 3 December 1998, E/C.12/1998/24. Available at: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW%2bKyH%2bnXprasyMzd2e8mx4dQ97P%2faGGKfJFH9rwpw6c-TUUR6IujQzSsxPX9s0ajOJFYmVxnpfiq3l%2f837skyPwv5hu29PWunpM-bGNzdx8Q2m>. Consulted on: 9 April. 2023.

UNITED NATIONS. **Final Act of the International Conference on Human Rights**, Tehran, 13 May 1968. Available at: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf. Consulted on: 30 April 2023.

UNITED NATIONS. General Assembly. **International Covenant on Civil and Political Rights**, 16 December 1966. Available at: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Consulted on 11 April 2023.

UNITED NATIONS. General Assembly. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, 16 December 1966. Available at: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>. Consulted on: 14 April 2023.

UNITED NATIONS. **International Human Rights Law**. Available at: <https://www.oh->



DISCUSSION ON THE RECOGNITION OF ECONOMIC, SOCIAL AND
CULTURAL RIGHTS AS JUSTICIABLE RIGHTS
DISCUSSÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DOS
DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

chr.org/en/professionalinterest/Pages/InternationalLaw.aspx. Consulted on: 2 May de 2023.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. **Ratification Status of International Human Rights Treaties**. Availabe at: <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=pt>. Consulted on: 27 February 2023.

UNITED NATIONS. **Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights**, 16 December 1966. Availabe at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_en. Consulted on: 27 February 2023.

UNITED NATIONS. **Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, A/RES/63/117, 10 December 2008. Availabe at: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OProtocol_en.pdf. Consulted on: 27 February 2023.

UNITED NATIONS. **Treaty Collection**. Availabe at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3a&chapter=4&lang=p-t#EndDec. Consulted on: 27 February 2023.

UNITED NATIONS. **Vienna Convention on the Law of Treaties**, 23 May 1969. Availabe at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>. Consulted on: 2 May 2023.

UNITED NATIONS. **Vienna Declaration and Programme of Action**, 25 June 1993. Availabe at: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vien-na.aspx>. Consulted on: 2 May 2023.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Universal Declaration of Human Rights**, 10 December 1948. Availabe at: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Consulted on: 4 May 2023.

YESHANEW, Sisay Alemahu. **The justiciability of economic, social and cultural rights in the African Regional Human Rights System: theory, practice and prospect**. Cambridge: Intersentia, 2013.

Recebido em: 8 de maio de 2023
Aceito em: 2 de junho de 2023.

Daniel Eloi da Silva¹
José Erbeson Lemos da Silva²

RESUMO

É inegável que o discurso de líderes religiosos neopentecostais exerce influências sobre a visão de mundo e de sociedade que os seus fiéis e simpatizantes possuem e que a Constituição Federal garante, em seu art.5º a liberdade de expressão, bem como a de crença e de culto. Ocorre que algumas lideranças deste seguimento extrapolam os limites das liberdades constitucionais e promovem discursos que vão de encontro a minorias que são historicamente marginalizadas, o que acaba por fomentar o discurso de ódio contra esses grupos sociais e estimulam tanto a violência simbólica como a material. O objetivo geral deste trabalho é o de analisar como os discursos de líderes religiosos influentes, neopentecostais veiculados em mídias digitais, como o Instagram, Twitter e Youtube entre os anos de 2020 e 2022, influenciaram fiéis e demais setores da sociedade a ter certos comportamentos que desencadeiam o ódio contra minorias socialmente vulneráveis e a criminalização de discursos homofóbicos e transfóbicos por parte do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso; líderes religiosos; Constituição; minorias; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

It is undeniable that the discourse of neo-Pentecostal religious leaders influences the vision of the world and society that their faithful and supporters have and that the Federal Constitution guarantees, in its article 5, freedom of expression, as well as that of belief and of cult. It so happens that certain leaders of this segment go beyond the limits of constitutional freedoms and promote speeches that go against minorities that are historically marginalized, which ends up fomenting hate speech against these social segments and stimulating both symbolic and material violence. The general objective of this work is to analyze how the speeches of influential religious leaders, neo-Pentecostals conveyed in digital media, such as instagram, twitter and youtube between the years 2020 to 2022, influenced believers and other sectors of society to have certain behaviors that trigger hatred against socially vulnerable minorities and the criminalization of homophobic and transphobic speeches by the Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Speech; religious leaders; constitution; minorities; Supreme Court.

¹ Graduado em Licenciatura em Educação do Campo com área de aprofundamento em Ciências Humanas e Sociais pelo Instituto Federal de Ciências e tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN) , Pós Graduando em nível de especialização em Ciências Humanas e Sociais (UFPI) e Mestrando em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN). Tem experiência na área educação do campo, dinâmicas socioambientais e geografia crítica. Atua como professor de Geografia na rede estadual do Rio Grande do Norte. Email: daniel123eloi@gmail.com.

² Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Católica da Paraíba. Pós Graduando em nível de especialização em Direito Constitucional (FAVENI) e Mestrando em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN). Tem experiência em direito público. Email: erbeson1@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

As denominações protestantes em geral e sobretudo as neopentecostais exercem grande influência política e social no Brasil. Elas estão presentes por todo o Estado, dotando de veículos de mídia e redes sociais com milhares de seguidores, bem como representantes em todos os poderes da República. A abrangência que se exerce e o poder que as denominações possuem é fruto do expressivo crescimento das religiões evangélicas no país, onde cerca de 31% dos brasileiros professam essa fé, conforme dados da pesquisa DataFolha de 2019 (ROCHA, 2020). De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), obtidos no penúltimo censo, os evangélicos são mais de 42 milhões de pessoas, sendo que houve o crescimento de 15,4% no ano de 2000 para 22,2% em 2010 (IBGE, 2010). No que tange à força dos pentecostais (aqui incluídos os neopentecostais), ainda de acordo com dados do censo de 2010, eles representam 25,3 milhões de pessoas, sendo importante ponderar que esses dados atestam a maioria de mulheres (58%) e pessoas pretas ou pardas (59%) (IBGE, 2010).

Conforme Ricardo Mariano, sociólogo da Universidade de São Paulo (USP), as igrejas pentecostais e neopentecostais “consideram estratégico ocupar posições de mando da nação, para assegurar seus interesses institucionais e sua liberdade religiosa, estender sua influência e seu poder político, defender seus valores morais e sua visão de mundo” (ROCHA 2020).

Ocorre que a visão de mundo abarcado por essa parcela da sociedade brasileira se autodenomina inclui a rejeição e discursos de ódio a diversas causas e movimentos progressistas, tais como: LGTQIA+, pautas feministas e diversas agendas de proteção e defesa de direitos humanos, como, exemplificativamente, os direitos das pessoas presas.

O mais grave é que esses discursos de ódio acabam por influenciar parcela expressiva da população brasileira a posturas, ações e narrativas que vão de encontro a esses temas e grupos, o que acaba por desencadear a violência tanto simbólica como efetiva.

Tendo em vista tais elementos, exsurge a problemática do presente trabalho: Como os discursos dos líderes religiosos em redes sociais digitais sendo estes o Instagram, Twitter e Youtube, manipulam as ações políticas e sociais dos indivíduos convertidos, influenciando a discriminação das minorias sociais e quais as consequências dessa ação para a democracia e os direitos humanos?

No que tange à metodologia empregada na presente pesquisa caracterizada de natureza qualitativa, exploratória, cujas técnicas utilizadas consistiram em revisão bibliográfica de livros, revistas online e artigos científicos, além de estudo sobre a legislação com recorte até 2022.

A pesquisa é motivada pela preocupação presente de uma conjuntura socioespacial de discursos de ódio por parte dos líderes religiosos neopentecostais, que influenciam e se apropriam do alto número de fiéis em determinada parcela da população brasileira, para a propagação de discursos que desrespeitam os direitos humanos e minorias socialmente vulneráveis a fim de autobenefícios, onde se destaca a imposição política através da religiosidade e seus símbolos.

A partir da abordagem desses aspectos, tenciona-se descrever como essas manifestações acabam por desencadear para além da violência simbólica, a material, que enxerga quem pensa diferente como inimigo, quando na verdade deveria ser visto por outra perspectiva, um sujeito importante na construção de um ambiente democrático e social saudável, com pluralidade e dinamicidade. Esta proposta intenta compreender, de igual modo, as formas que esses discursos e posturas contribuem para decisões políticas não livres.

O objetivo geral é analisar como os discursos de líderes religiosos influentes, neopentecostais veiculados em mídias digitais, como o Instagram, Twitter e Youtube entre os anos de 2020 a 2022, influenciaram fiéis e demais setores da sociedade e a criminalização de discursos de ódio pelo Supremo Tribunal Federal.

No que tange os objetivos específicos por sua vez são: analisar discursos de alguns líderes religiosos neopentecostais através de discursões; contrastar do discurso conforme autores clássicos relacionando com criminalização do discurso de ódio contra minorias (em especial os discursos homofóbicos e transfóbicos) que foram considerados como uma conduta equiparada ao racismo de acordo com o Supremo Tribunal Federal utilizando referências.

2 OS DISCURSOS DE ALGUNS LÍDERES RELIGIOSOS E SEUS REFLEXOS SOBRE DECISÕES POLÍTICAS E FOMENTO AO PRECONCEITO SOBRE MINORIAS

2.1 OS DISCURSOS POLÍTICO-RELIGIOSOS E SEUS DESDOBRAMENTOS POLÍTICOS E FOMENTOS AO ÓDIO CONTRA MINORIAS

O Brasil nos últimos tempos e em especial, no ano de 2022 quando houve eleições gerais, foi palco de uma profunda crise política e institucional que se arrasta há anos, como também do acirramento da polarização política e disseminação de discursos de ódio contra minorias da sociedade brasileira. Nesse contexto, há líderes neopentecostais que exercem, em suas matizes, parcela de poder e influência sobre seus seguidores por meio de seus discursos via redes sociais.

Essas narrativas acabam por instigar parte da população brasileira a ter comportamentos de intolerância e atitudes que vão além do conservadorismo, com discursos que desrespeitam e enfraquecem a defesa dos direitos humanos, desolam os grupos socialmente vulneráveis e vão, também, de encontro a própria democracia, visto que muitas dessas falas possuem o condão de influenciar a livre escolha dos fiéis e seguidores na esfera política do país.

O propagador do discurso pretende produzir uma mensagem que encontre reconhecimento em seu interlocutor, a fim de que quem a escute reconheça a sua intenção de produzir esse efeito. Há também a pretensão que tal reconhecimento seja conseguido em vista do fato de que o significado do item que ele profere convencionalmente associa-o com a produção desse efeito (RICARDO; AGUIAR; GALBAS, 2023).

Os discursos que fomentam o desrespeito e o preconceito as minorias no país por parte dos líderes religiosos neopentecostais, são presentes em diversos meios de comunicação social e ecoam, de modo marcante, acabando por pautar e influenciar a forma como parcela relevante da sociedade brasileira encara algumas temáticas como a tolerância e o respeito a minorias e a defesa dos direitos humanos, da mesma forma que influenciam na maneira como esse seguimento toma suas decisões políticas.

Dessa forma, o discurso de ódio acaba por promover danos sob o aspecto físico, bem como psíquico das vítimas, cite-se: baixa autoestima, depressão extrema, insônia. Infelizmente tais discursos são os condutores da violência física e dos conflitos abertos, tais como o que ocorreu em Charlottesville, Virginia nos Estados Unidos da América.

Nesse episódio, o governo local pretendia destruir uma estátua do general Robert Edwrd Lee, que foi o comandante mais famoso do exército confederado durante a guerra de secessão. Protestos em torno do valor histórico do monumento nos soaria razoáveis, porque a história não se apaga e o debate se inseria no questionamento da continuidade, em espaços públicos, de símbolos que remetem ao passado escravista norte-americano (RICARDO; AGUIAR; GALBAS, 2023).

Pode-se apontar como exemplo, entre diversos discursos que desrespeitam pessoas, grupos e que são criminosos, o proferido pelo líder da Igreja Universal, Bispo Edir Macêdo em uma pregação exibida pela TV Record no dia 24 de dezembro de 2022:

Você não nasceu mau. Ninguém nasce mau. Ninguém nasce ladrão, ninguém nasce bandido, ninguém nasce homossexual ou lésbica...ninguém nasce mau. Ninguém nasce mau, todo mundo nasce perfeito com a sua inocência, porém, o mundo faz das pessoas aquilo que elas são quando elas aderem ao mundo.

Evidente que o discurso citado levando em consideração o contexto do país ser o que mais mata pessoas LGBTQIA+ no mundo, conforme dados do Observatório de Mortes e Violência contra esse grupo, tem o condão de desencadear mais episódios de violência (BOHRER, 2022). A fala do bispo não se sustenta sob qualquer aspecto lógico ou científico. É absolutamente inaceitável que seja estabelecida, por um líder com milhares de seguidores, uma falsa equivalência entre “ladrão”, “bandido” e homossexuais, além de ter afirmado que o mundo que transforma as pessoas em LGBTQIA+, sem que haja qualquer comprovação ou embasamento sobre o que foi dito.

A segunda alocução foi proferida por o pastor José Olímpio, da Assembleia de Deus de Alagoas, que publicou em seu Instagram, no dia 16 de abril de 2021 e republicado por outras contas com grande quantidade de seguidores, repercutindo em outras mídias sociais que oraria pela morte do ator Paulo Gustavo, reconhecido nacionalmente por seu engajamento na pauta da comunidade LGBTQIA+, e acabou sendo vítima da pandemia da COVID-19: “Esse é o ator Paulo Gustavo, que alguns estão pedindo oração e reza. E você, vai orar ou rezar? Eu oro para que o dono dele o leve para junto de si.” Após a repercussão negativa, o pastor acabou excluindo a postagem de sua rede social, sendo processado posteriormente e condenado por crime de homofobia (BATISTA, 2022).

É fato de que as igrejas neopentecostais adentram em comunidades periféricas e em muitos rincões do Brasil, aonde o Estado não chega, dessa forma consegue uma massa de fiéis, por isso, ditar determinadas falas de preconceito tinge como uma voz superior e realização de trocas. As ações sociais oportunizadas por estes líderes religiosos consegue abranger diversas populações, o que vai de encontro com os dados de proporção populacional de evangélicos no país mencionado anteriormente.

3 ANÁLISE DO DISCURSO SEGUNDO AUTORES CLÁSSICOS

Cabe à proposta de pesquisa analisar o discurso não como entendido no senso comum, representando apenas um conjunto de palavras que se expressam pelo indivíduo oralmente ou de forma escrita, mas enquanto um sistema de vínculos, de elos a partir dos quais não apenas a realidade é compreendida, simplesmente, mas verdadeiramente realizada. Conforme Alves (2010), tudo que existe é resultante da prática do discurso, da resultante de trocas, bem como de lugares de enunciação. Em suma: o discurso constrói a realidade.

Nesse aspecto, através de negativas indagações, esses líderes acabam por criar uma realidade paralela, totalmente dissociada do contexto da realidade social. Podemos citar a exemplo de temas “criados” e disseminados por estes sujeitos: a existência do comunismo, banheiros unissex nas escolas e repartições públicas, a distribuição do chamado “kit gay”, a fim de ter ganhos e fortalecer seu grupo se aproveitando da crença de muitas pessoas no Sagrado.

Para a análise destas falas, abordou-se o discurso em Foucault (1997), que compreende que esse deve ser encarado como um conjunto de enunciados, desde que se apoie em uma mesma formação discursiva:

A lei dos enunciados e o fato de pertencerem à formação discursiva constituem uma e única mesma coisa; o que não é paradoxal, já que a formação discursiva se caracteriza não por princípios de construção, mas por uma dispersão de fato, já que ela é para os enunciados não uma condição de possibilidades, mas uma lei de coexistência, e já que os enunciados, troca, não são elementos intercambiáveis, mas conjuntos caracterizados por sua modalidade de existência (FOUCAULT, 1997, p.135).

Nesse aspecto, o discurso deve ser encarado como estrutura que possui uma dispersão de enunciados e, dentro dessa estrutura, necessita haver a regência de regras que podem fornecer a possibilidade de alguns enunciados e o desaparecimento de outros.

O discurso funciona como instrumento de construção da realidade, sem negar, evidentemente, que a realidade para além deste ainda existe, muito embora não possa ser totalmente captada pelas percepções humanas. Em suma, o discurso serve para construir a realidade em conjunto com a realidade material que se põe para além do discurso.

Logo, na construção desses discursos, as lideranças do meio evangélico acabam por construir, no imaginário das pessoas, inimigos inexistentes, fomentar narrativas, ações e práticas voltados contra grupos que são historicamente marginalizados e, em certos casos, até perseguidos.

Por meio das narrativas preconceituosas, os líderes religiosos neopentecostais acabam por exercer determinadas formas de poder sobre a população brasileira, sejam fiéis ou simpatizantes. A primeira forma de poder seria o simbólico, nesse sentido: “poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIEU, 1989, p. 7-8). Ainda sendo, segundo o autor: “um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo e, em particular, do mundo social” (BOURDIEU, 1989, p. 9).

Esse conceito representa algumas das espécies de poder invisível, não material, não tangente, sendo inegavelmente uma das formas de poder exercidos no meio neopentecostal. Esse poder se estrutura, em síntese, como o homem esquematiza e significa o conjunto de seus pensamentos, o que dá uma dimensão simbólica ao poder. As manifestações de influência e poder que se exercem sobre os fiéis se manifestam e se executam de forma não perceptível por eles.

Manifesta-se também, por meio dos discursos dos líderes religiosos neopentecostais, a ideia de epistemicídio, que, segundo Carneiro apud Santos (1995), torna possível apreender esse processo de destituição da racionalidade da cultura e da civilização do outro. De acordo com Santos, (1995), o

epistemicídio sempre ocorreu quando se pretendeu subalternizar, subordinar, marginalizar, ou ilegalizar práticas e grupos sociais:

Que podiam ameaçar a expansão capitalista ou, durante boa parte do nosso século, a expansão comunista (neste domínio tão moderno quanto a capitalista); e também porque ocorreu tanto no espaço periférico, extra-europeu e extra-norte-americano do sistema mundial, como no espaço central europeu e norte-americano, contra os trabalhadores, os índios, os negros, as mulheres e as minorias em geral (étnicas, religiosas, sexuais) (SANTOS, 1995, p.328)

O conceito ganha forte influência no presente trabalho, ante o fato que os discursos que são proferidos nesse meio acabam por realizar uma verdadeira destituição da racionalidade das pessoas que são objeto deles, fazendo-os crer em, por exemplo, notícias falsas e sem qualquer conexão com a realidade ou a ciência, minimizando a exemplo os efeitos da COVID-19 como uma “gripezinha”, discurso negacionista de que a vacina não funcionava, o sistema eleitoral era falível e que não houve um regime ditatorial no Brasil a partir de 1964.

O epistemicídio fere de morte a racionalidade do subjugado ou a sequestra, mutila a capacidade de aprender etc. É uma forma de sequestro do outro, entre outros aspectos, pela negação da racionalidade (CARNEIRO, 2005). Prova maior dessa perspectiva se dá não teoria da prosperidade, que prega a ideia de que quanto mais se ajude financeiramente a determinados ministérios e igreja, maior serão as recompensas materiais aqui na terra, sendo amplamente difundida e defendida nesse nicho evangélico.

A partir desses elementos, há uma espécie de dominação dos líderes sobre seus seguidores. Conforme Weber (2001, p. 128), a dominação tem por base a “probabilidade de se obter obediência a um determinado mandato”. Esse conceito tem a ver com o quão provável é a ocorrência de tal fato.

A ideia possui relação com a obediência, de como a vontade de determinado indivíduo pode ser obedecida por outros. No nosso caso, como a vontade, expressa através dos discursos, pode ser obedecida pelos fiéis. Existe uma crença sincera dos seguidores desses líderes espirituais que aquele discurso, comando, é legítimo precisando ser obedecido.

Constitui-se como probabilidade porque algumas pessoas tendem a não obedecer, todavia uma grande parcela obedecerá. Haverá uma grande

possibilidade de que a pessoa responsável por estabelecer a dominação encontre obediência e isso ocorre quando milhares de pessoas reproduzem discursos de ódio e fazem escolhas políticas não livres por influência indevidas e, muitas vezes, até por medo de seus líderes.

Encontra-se, no pensamento sociológico de Weber (2001), uma tipologia das relações de poder. Para ele, há três formas clássicas de dominação: a dominação tradicional, a racional legal e a carismática. Vale destacar que esses tipos de domínio não se constituem como um fim em si mesmo, porém, uma construção que pretende captar certos aspectos da vida social em determinado recorte temporal.

Nesse ponto da discussão, nos interessa a dominação carismática, que, como o nome sugere, baseia-se no carisma, todavia, não só a isto: a confiança, simpatia de lideranças políticas e sociais. Nesse aspecto, o líder consegue projetar no outro uma dominação fundamentada, para além do carisma, na confiança que as pessoas nele depositam. Assim, esse tipo de dominação segundo Weber se dá por vários fatos, explica o autor:

Dominação carismática em virtude da devoção afetiva à pessoa do senhor e a seus dotes sobrenaturais (carisma) e, particularmente: a faculdades mágicas revelações ou heroísmo, poder intelectual ou de oratória. O sempre novo, o extracotidiano, o inaudito e o arrebatamento emotivo que provocam constituem a fonte da devoção pessoal. Seus tipos mais puros são a dominação do profeta, do herói guerreiro e do grande demagogo. A associação dominante é de caráter comunitário, na comunidade ou séquito. O tipo que manda é o líder (...). O quadro administrativo é escolhido segundo seu carisma e vocação pessoais e não devido à sua qualificação profissional (...) falta aqui o conceito racional de competência assim como o estamental de privilégio (...). A administração (...) carece de qualquer orientação dada por regras, sejam elas estatuídas ou tradicionais. São características dela (...) a revelação ou a criação momentânea, a ação e o exemplo, as decisões particulares, ou seja, em qualquer caso (...) o irracional (WEBER, 2001, p. 134-135).

Os que são dominadores, nesse tipo, não sofrem críticas por seus dominados no sentido do conteúdo de suas falas, tampouco sobre as bases científicas ou históricas do que é dito.

As pessoas que sofrem essa dominação tendem a acreditar e confiar no que foi exposto, seguindo seus comandos baseando-se na confiança que é passada para elas, pouco importando o sentido do discurso, os valores que ele propaga ou sua veracidade. Isso é basicamente o que ocorre na relação dos pastores com o seu rebanho, pois para além de não reconhecerem falhas no discurso

feito pelo líder espiritual, ainda dão prestígio ao ódio, intolerância e desrespeito a quem pensa diferente.

Partimos da ideia de que as práticas que são relativas à condução de consciência que ocorrem entre os evangélicos atualmente são dispositivos de biopoder, que tem por desdobramento subjetivações que são o suporte para que haja a dominação. O biopoder, segundo Foucault, seria um poder sobre a vida, relativo à espécie. Fontana e Bertani (2012, p. 281), afirmam que é um “poder que se aplica globalmente a população, à vida e aos vivos”.

De acordo com dados do Instituto DataFolha (FOLHA DE SÃO PAULO, 2022), 16% dos eleitores evangélicos dizem ter sido orientados por pastores a votar no candidato de direita para Presidente da República nas eleições gerais de 2022. É inegável a influência que esses líderes exercem sobre parcela significativa de nossa sociedade na decisão do voto e na visão de mundo de seus seguidores e essas dinâmicas se apropriam do discurso de poder. Ocorre uma verdadeira transformação do ser através de narrativas violentas veiculadas em mídias sociais que fomentam o ódio sobre pessoas e grupos. Há a modificação dos sentidos, criação de uma realidade alternativa que é encarada por esses grupos como mais verdadeira que a realidade de nossos órgãos e sentidos.

Desse modo, ganhou destaque um instrumento de manipulação de consciências que em mãos erradas pode nos levar à destruição espiritual de nossa espécie (NICOLESCU, 2001). Ainda acerca das previsões de tais ferramentas em mãos erradas, Nicolescu afirma:

Podemos prever de maneira infalível o futuro da humanidade. Basta que as condições iniciais sejam impostas em nome do bem e do verdadeiro – por exemplo, em nome da liberdade, igualdade e fraternidade – para construir a sociedade ideal (NICOLESCU, 2001, p. 4).

Houve a realização dessas experiências em escala planetária, e obtivemos resultados por todos nós conhecidos: milhões de mortes por alguns dogmas; sofrimentos em nome do bem e da verdade.

Essas ideias que parecem generosas e inofensivas a princípio, transformaram-se em dor e sofrimento para a humanidade, daí a importância de resgatar a ideia de laicidade do estado, de respeito ao próximo, direitos humanos, percepções de mundo diferentes e, acima de qualquer questão, ver quem pensa diferente não como inimigo, mas como um participante na construção de um mundo cada vez mais plural (NICOLESCU, 2001).

4 A CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO HOMOFÓBICO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O proselitismo religioso é parte componente da liberdade de expressão, religião e crença, mas não está de acordo com a Constituição Federal os discursos de ódio e, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, até que o Congresso Nacional crie e aprove leis específicas, as condutas que homofóbicas e transfóbicas poderão ser equiparadas aos crimes de racismo.

A Constituição protege a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais do indivíduo, todavia, inexistente lei expressa proibindo o discurso de ódio. O Supremo Tribunal Federal decidiu sobre um caso emblemático 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 (RICARDO; AGUIAR; GALBAS, 2023).

A grande parcela da doutrina brasileira aduz para a necessidade de um equilíbrio mais significativo na ponderação a ser realizada na colisão entre os princípios da liberdade de expressão e a inviolabilidade de consciência religiosa. Nesse sentido, os partidários das denominadas teorias externas dos direitos fundamentais, sustentam a aplicação do princípio da proporcionalidade pelas submáximas da adequação, necessidade e ponderação *stricto sensu* em eventuais colisões entre tais direitos fundamentais. (RICARDO; AGUILAR; GALBAS, 2023).

Tem-se que o colegiado da Suprema Corte também efetivou a fixação de tese no sentido de que a homofobia não alcançaria, tampouco restringiria a liberdade o exercício de expressões religiosas com uma condicionante: desde que as manifestações não se configurem como discurso de ódio. Na prática, restou configurada a mora do Congresso Nacional para legislar sobre a temática e o egrégio tribunal entendeu que tanto a homofobia como a transfobia emolduram-se no art.20 da lei 7.716/1989 que efetivou a criminalização do racismo no bojo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) de número 26.

O ativismo judicial se enquadra em função da precariedade de leis que se apliquem aos casos concretos, na tentativa de suprir lacunas criadas pela omissão do legislador. Nesse caso os órgãos do Poder Judiciário tomam a frente nas decisões de matérias que possuem grande

repercussão no meio social e político. Todavia, nenhuma produção por parte do Poder Legislativo Federal, até o presente momento, veio efetivamente a conferir proteção a comunidade LGBTQIA+ contra condutas homofóbicas, o que representa, na esfera social, claro entrave ao desenvolvimento do país.

A resistência preponderante dos representantes do povo em editar leis direcionadas ao público LGBTQIA+, e principalmente a dificuldade de serem aprovadas, esconde na verdade preconceitos compartilhados por nossos líderes políticos. Portanto, deve-se respeitar a liberdade de religião, de expressão e de crença de todos, bem como, deferência ao proselitismo religioso, aqui entendido como a tentativa de lideranças no convencimento e conversão de pessoas, mas esse exercício não deve consubstanciar elementos que configurem discurso de ódio.

Há críticas ao ativismo judicial e a essa função de “legislador” que o Supremo assume quando toma decisões em sede de controle de omissões legislativas, mas não se pode esperar a criminalização de tais condutas e a proteção desse público com um Congresso que reproduz o preconceito mascarado com sua omissão em ações para promover a proteção desse seguimento social que tanto sofre violência, preconceito e discriminação.

Ainda com relação a decisão do STF na ADO 26, não houve a criação de um tipo penal específico, o que representaria evidente violação ao princípio da separação de poderes, mas que determinadas condutas sejam inseridas em tipos penais preexistentes. Deixar de punir a homofobia e transfobia da mesma forma que se pune o racismo poderia causar indesejável “hierarquização” no que tange as opressões e isso poderia representar uma proteção ineficiente da esfera penal. Nesse aspecto, o Congresso Nacional colaborou para essa omissão inconstitucional, na medida em que não rejeitou, tampouco aprovou os projetos de leis que tratavam sobre o tema (projeto de Lei-PL nº5.003/2001 e Projeto de Lei da Câmara-PLC nº 122/2006).

Nesse sentido, realizando-se interpretação conforme a Constituição, determinadas condutas homofóbicas e transfóbicas poderiam se enquadrar na lei de crimes resultantes de preconceito de raça e de cor (lei 7.716/1989). Ainda de acordo com essa interpretação, restaria configurada a omissão legislativa, haja vista que a Constituição estabelece a necessidade de lei específica sobre a

temática, conforme previsão expressa no art. 5º LI e LII, o que se configura como mandado de criminalização, vinculando o poder legislativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As noções que definiram a homossexualidade como única e natural expressão da sexualidade humana propagaram um discurso proselitista que busca converter a ela todos aqueles que vivenciam sua sexualidade de maneira distinta da heteronormatividade. A comunidade LGBTQIA+ é vítima constante de atitudes preconceituosas e discriminatórias. Apesar de terem seus direitos resguardados nos princípios constitucionais, sofrem diariamente diante de uma inferioridade sociojurídica imposta pela não criação de tipo penal que criminalize a homofobia por parte do Poder Legislativo Federal.

Tendo esses aspectos por base, o Supremo Tribunal Federal equiparou a prática de condutas homofóbicas e transfóbicas como racismo, e enquadrando tais condutas no art. 20 da Lei 7716/89. Em que pese as críticas relativas ao ativismo judicial por parte da Corte Suprema e os desdobramentos negativos de tais atitudes para a Democracia Política, era latente a necessidade de criminalizar essas condutas que colocam em risco diversas vidas de pessoas pertencentes a comunidade LGBTQIA+ e que não seriam, nem tão cedo, objeto de proteção através de Lei proveniente do Congresso Nacional.

Retomando a problemática de pesquisa de pesquisa, tem-se que é absolutamente possível que seja efetivado o exercício da plena liberdade de expressão e do proselitismo religioso sem que haja a efetivação do discurso de ódio e que, apesar da influência exercida por alguns maus líderes espirituais, aqueles que ultrapassarem os limites estabelecidos nas liberdades constitucionais deverão responder criminalmente, conforme decisão do STF.

Em uma democracia, há espaço para todos. É fundamental reconhecer que a diversidade de opiniões e perspectivas é um componente essencial na construção de uma sociedade plural e inclusiva. No entanto, é necessário lembrar que a democracia implica respeito mútuo e diálogo aberto, mesmo diante de visões diferentes.

Um dos desafios que enfrentamos é a tendência de enxergar aqueles que pensam de forma distinta como inimigos, em vez de reconhecê-los como peças importantes na construção

coletiva. É preciso superar essa mentalidade divisiva e cultivar a capacidade de ouvir e compreender pontos de vista diversos.

Ao promover um ambiente de respeito e tolerância, permitimos que diferentes ideias e perspectivas sejam debatidas e discutidas de maneira construtiva. Ao invés de ver a diversidade de pensamento como uma ameaça, podemos encará-la como uma oportunidade de aprendizado e crescimento mútuo.

Uma democracia inclusiva é justamente aquela em que todas as vozes possuem a oportunidade de ser consideradas e ouvidas com altruísmo e respeito, independentemente de suas crenças, religiosas política, culturais ou no âmbito social.

Quando valorizarmos a diversidade e buscarmos compreender os pontos de vista plurais, construímos um mundo onde todos têm espaço para colaborar na busca por soluções comuns e mais igualitária.

Sendo assim, para a democracia funcione de maneira construtiva, é fundamental que vejamos aqueles que pensam diferente de nós não como inimigos, mas como agentes importantes na construção de um mundo plural e inclusivo.

O diálogo, o respeito mútuo e a valorização da diversidade são as ancoras para fortalecer e aprimorar a democracia em benefício de todos os cidadãos, a religião tem seu espaço, mas não é negligenciando e desrespeitando outros grupos minoritários que estabeleceremos uma sociedade cada vez melhor, por isso deve haver uma união da sociedade brasileira para se haver realmente uma construção equitativa para todos.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 128, de 22.12.2022. Brasília, DF:Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jul. 2023.

BRASIL. **Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão 26** Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 13 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em: 8 jul. 2023a.

BATISTA, Roberta. Pastor que disse orar pela morte de Paulo Gustavo é condenado a prisão, mas tem pena convertida. **G1**, 27 abr. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2022/04/27/justica-de-alagoas-condena-pastor-que-disse-orar-pela-morte-de-paulo-gustavo.ghtml>. Acesso em: 6 jun. 2023a.

BOHRER, Larissa. **Brasil é o país que mais mata pessoas LGBTQIA+ no mundo pelo quarto ano consecutivo.** Rede Brasil Atual, 12 maio 2022. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-pessoas-lgbtqia-no-mundo-pelo-quarto-ano-consecutivo/>. Acesso em: 6 jun. 2023a.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. 311 p.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A Construção do Outro como Não-Ser como fundamento do Ser.** 2005. 339f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. Datafolha: **16% dos evangélicos dizem que pastores orientam voto em Bolsonaro.** 29 out. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/10/datafolha-16-dos-evangelicos-dizem-quepastores-orientam-voto-em-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 6 jun. 2023a.

FONTANA, Alessandro; BERTANI, Mauro. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel (org.). **Em defesa da sociedade.** 2. ed. São Paulo: Martins fontes, 2012. 268 p.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. 236p.

IBGE. Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística. **Censo Brasileiro de 2010.** Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 06 jun. 2023a.

NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da Transdisciplinaridade.** São Paulo: TRIOM, 2001. 120 p.

RECORD TV. Benção para a Família em Sua Casa. **Bispo Edir Macedo realizou oração especial diretamente de Israel.** [Oração transmitida pela RECORDTV]. [S.l.: s.n], 2022. 1 vídeo (32 min 56s). Publicado pela página RECORDTV. Disponível em: <https://recordtv.r7.com/videos/assista-a-integra-da-bencao-para-a-familia-em-sua-casa-destavespera-de-natal-24122022>. Acesso em: 6 abr. 2023a.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; AGUILAR, Clarissa; GALBAS, Sophia. Breves apontamentos sobre a liberdade de expressão. **Revista Juridicidade Constitucional e**



**O DISCURSO POLÍTICO-RELIGIOSO DE LÍDERES NEOPENTECOSTAIS EM
REDES SOCIAIS DIGITAIS: Entre o ódio e a liberdade de expressão**

**THE POLITICAL AND RELIGIOUS SPEECH OF THE NEO-PENTECOSTALS
LEADERS IN SOCIAL MEDIA: between hate and freedom of expression**

Democracia. Mossoró: Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, v1, nº1, p. 164-200, jan./maio. 2023.

ROCHA, Camilo. Nexo. **A ascensão e influência das igrejas neopentecostais.** 19 abr. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2020/04/19/A-ascens%C3%A3o-e-influ%C3%Aancia-das-igrejas-neopentecostais>. Acesso em: 5 jul. 2023a.

SANTOS, S. Boaventura. **Pela Mão de Alice.** O social e o Político na Pós-Modernidade. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1995. 299 p.

WEBER, M. **Textos Coligidos.** São Paulo: Ática, 2001.

Recebido em: 19 de julho de 2023

Aceito em: 18 de agosto de 2023



O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E O DESCONTINGENCIAMENTO DOS RECURSOS DO FUNPEN

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN BRAZIL AND DECONTINGENCY OF PENITENTIARY FUND'S RESOURCES

Myrlla Arielle Fernandes Sampaio de Melo¹

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. Com a declaração do mencionado instituto, a Corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas para a superação do estado de inconstitucionalidade. A intenção da presente pesquisa é verificar o possível progresso da execução de uma das medidas cautelares deferidas, consubstanciada no descontingenciamento dos recursos do FUNPEN, analisando os possíveis efeitos instrumentais e simbólicos gerados desde a declaração do ECI. O trabalho utilizou a abordagem: a) da pesquisa bibliográfica, fazendo o apanhado doutrinário acerca do Estado de Coisas Inconstitucional e dos efeitos instrumentais e simbólicos da decisão judicial; e b) do estudo de caso, a partir da análise da decisão da ADPF nº 347 e suas implicações práticas para realizar uma análise qualitativa acerca do tema estudado. Conclui-se que há evolução do ECI no sistema normativo brasileiro, desde que haja mudanças significativas por parte do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Estado de Coisas Inconstitucional; Supremo Tribunal Federal; Efeitos da decisão judicial

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. In this precedent, the Court understands that she is a legitimate actor to interfere on the formulation and implementation of politics, allocating public budget and coordinating concrete measures to overcome this unconstitutional state of things. This research aims to analyze the possible progress on the implementation of that decision since 2020, specially relating to the decontingency of Penitentiary Fund's resources, investigating its instrumental and symbolic effects. The methodology of the research developed on a) bibliographical inquiry on the unconstitutional state of affairs, structural litigation, and the justification of its possible effects; b) case study and its consequences in a qualitative matter. It is concluded that there is an evolution of the of the unconstitutional state of affairs in the Brazilian legal system, but only if considerable changes occur in the way that Brazilian Supreme Court treats its implementation process.

Keywords: Unconstitutional state of affairs; Brazilian Supreme Court; adjudication effects.

¹ 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, que 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 (2015) 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.

Diante disso, quando se analisa a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário nacional, via ADPF nº 347, não se trata somente de apresentar a situação de flagelo dos presídios brasileiros e como estes não garantem nem o mínimo existencial para os seus apenados, e sim a existência de uma importante afirmação por parte do STF, qual seja, a intervenção da Corte em ações de alçada do poder Executivo, como as intervenção em políticas públicas, bem como o gerenciamento de medidas necessárias para a superação do estado de inconstitucionalidade.



O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E O DESCONTINGENCIAMENTO DOS RECURSOS DO FUNPEN

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN BRAZIL AND DECONTINGENCY OF PENITENTIARY FUND'S RESOURCES

Com a decisão do pleno na ADPF 347, em sede cautelar, foram deferidos dois pedidos liminares – a implementação das audiências de custódia e o descontinenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). Para tanto, houve a regulamentação procedimental das audiências de custódia através da Resolução nº 213/2015 – CNJ, bem como ações do poder Executivo com a finalidade de realizar o descontinenciamento do FUNPEN, tais como a Medida Provisória nº 781/2017, resultando na Lei nº 13.500/2017, a qual alterou a Lei Complementar nº 79/1994 que regulamenta o Fundo.

Esta pesquisa, assim, busca analisar o possível progresso da execução das medidas cautelares deferidas desde o julgamento até o ano de 2020, como também verificar os possíveis efeitos instrumentais e simbólicos² gerados desde a declaração do ECI especialmente no que tange ao descontinenciamento dos recursos do FUNPEN³. A pesquisa é de cunho qualitativo e para sua realização, foi utilizada a abordagem de duas técnicas de pesquisa. A investigação teve como predominante o tipo de pesquisa bibliográfica com a finalidade de demonstrar os principais conceitos compreendidos nesta pesquisa tais como o Estado de Coisas Inconstitucional e os efeitos das decisões judiciais.

No tocante ao estudo de caso em si, a análise envolveu a ADPF nº 347, a Lei Complementar nº 79/1994, a Lei nº 13.500/2017 e a Lei 13.964/2019, dentre outras fontes que embasaram a atuação prática para o cumprimento da decisão. Quanto à terminologia dos efeitos, foi trabalhado o conceito de César Rodriguez Garavito, autor que pesquisa sobre as decisões judiciais e o Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, em que demonstra uma diferenciação entre o efeito instrumental e o efeito simbólico e como esses dois conceitos influenciam nos efeitos da decisão judicial.

O estudo foi dividido em duas partes: no tópico 2 tem o apanhado doutrinário acerca do Estado de Coisas Inconstitucional e a fundamentação dos efeitos instrumentais e simbólicos da decisão judicial. No tópico 3, realizou-se a análise da decisão da ADPF nº 347 e suas

² 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 no capítulo 3 da presente pesquisa.

³ Para uma análise acerca da eficácia em torno da implementação das audiências de custódia, inclusive no contexto do autoritarismo brasileiro, consultar: (SAMPAIO MELO; FERREIRA, 2022; SAMPAIO MELO, 2023)

implicações práticas, como se discutiu o deferimento das medidas cautelares e o que aconteceu na prática com os pedidos indeferidos, trazendo como se efetivou (ou não) as medidas cautelares deferidas no julgamento da ação. A partir da decisão, foram avaliados os pedidos deferidos e como ocorreu a implementação das audiências de custódia e o descontingenciamento da verba do Fundo Penitenciário Nacional. Foi essa investigação que possibilitou vislumbrar os efeitos gerados pela ação que declarou o ECI no sistema penitenciário brasileiro. Por fim, o que se conclui é que há evolução do ECI no sistema normativo brasileiro, mas para sua real superação é necessário haver mudanças significativas por parte do Supremo Tribunal Federal.

2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E OS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi declarado pela primeira vez no sistema jurídico brasileiro em 2015 a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 que trata da precária situação do sistema penitenciário brasileiro. Para entender o pragmatismo dessa técnica de decisão e o quais seus efeitos na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), é necessário adentrar nos conceitos do ECI e dos efeitos instrumentais e simbólicos da decisão judicial, para assim poder-se analisar como a decisão da Corte implicou de forma prática e quais são as expectativas para o almejado pelos autores e beneficiários da ação.

O ECI é uma criação jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia⁴ a partir da sucessão de oito sentenças⁵ em que o Tribunal, como guardião da integridade e da supremacia da Constituição, decretou que a realidade colocada em litigância é absurda e contrária à Constituição. Por se tratar de um mecanismo que teve sua formação a partir da jurisprudência

⁴ O Tribunal Constitucional criou o ECI como remédio para lidar com violações gerais e repetidas dos direitos humanos na Colômbia. Ele nasceu no final da década de 1990 e está em constante desenvolvimento, a partir da aplicação de várias sentenças, pressionando-se a configuração de políticas públicas para responder aos problemas que lhes deram origem. Sua declaração nunca é imediata, ante o tratamento dado pelo Tribunal, caso por caso, aguardando um tempo razoável para analisar o desenvolvimento e o impacto das penas anteriores de tutela individual e cumprimento das leis vigentes que regulam a matéria em questão, até que se detecte um problema estrutural. Se isso persiste apesar das repetidas sentenças de tutela, ordens gerais mais rigorosas são dadas, para a elaboração e execução das políticas públicas necessárias para resolver o estado de coisas que viola a Constituição (PENÁ: 2011; p. 15).

⁵ César Garavito (2009; p. 441-442) em sua obra realiza um detalhamento acerca das ações e quais foram os entendimentos jurisprudenciais da Corte Constitucional da Colômbia para a construção dos pressupostos ensejadores da declaração do ECI.

da Corte, sua a fundamentação é baseada na realidade fática. (PEÑA: 2011; p. 8-9)

Em relação ao papel jurídico e político do ECI⁶, a característica fundamental dessa técnica é sua orientação objetiva. A declaração do ECI deve ter um propósito prático fundamental: possibilitar o Estado projetar, implementar, financiar e avaliar as políticas públicas necessárias para sanar a violação massiva de direitos que deu origem a tal declaração. Em outras palavras, embora um de seus efeitos importantes seja tornar visíveis situações graves de violação de direitos, a intenção do ECI deve ser resolver um problema concreto. (GARAVITO: 2009; p. 438)

Assim, é possível definir que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica de decisão na qual há o delineamento por uma Corte de norma declaratória que demonstre uma contradição insustentável entre uma realidade social e os preceitos constitucionais. Em outras palavras, em geral, a partir de litigâncias estruturais, é a declaração de que uma realidade é inconstitucional (CAMPOS: 2016; p. 185-187). Entretanto, é mister ressaltar, consoante César Garavito (2009; p. 438-439), que o instrumento deve ser utilizado em situações excepcionais para cumprimento eficaz da sua função de promover soluções para violações massivas de direitos humanos, por isso o motivo de seguir pressupostos específicos. A excepcionalidade é sustentada por três razões.

A primeira delas é que pelo fato de o Judiciário realizar intervenções em processos de políticas públicas que envolvem os poderes Executivo e Legislativo, para que se tenha um equilíbrio entre os poderes, buscando não macular o princípio da separação de poderes, é aconselhável a prudência para utilizar esse mecanismo. A segunda razão é o reconhecimento que o Tribunal tem competências institucionais limitadas para realizar processos de monitoramento que exijam maiores conhecimentos técnicos acerca da temática discutida, uma vez que o controle é essencial para o alcance dos objetivos da declaração⁷. A terceira razão é o

⁶ Conforme a jurisprudência colombiana, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, implica-se a necessidade de um processo de acompanhamento de um plano de ação, de forma que a sentença que a declara efetiva e promova um processo de colaboração entre os muitos atores públicos e privados envolvidos na litigância estrutural a ser superada. Para o alcance do êxito na situação dos “desplazados” na Colômbia, a Corte Constitucional precisou modificar as diretrizes, para não repetir as ineficácias de decisões anteriores. (GARAVITO: 2009; p. 438)

⁷ Garavito ressalta que a despeito dos críticos do ativismo judicial exagerem quanto as limitações instituições dos tribunais e superestimem o Poder Executivo e Legislativo, fica claro que a complexidade e magnitude dos problemas estruturais que dão origem aos ECIs testam a capacidade de qualquer tribunal (GARAVITO: 2009; p. 438)

custo político para o Judiciário com a declaração do ECI em duas vertentes, uma vez que o uso da técnica resulta no escancaramento do fracasso de políticas governamentais e o monitoramento dos planos de ação se estende por anos, o mecanismo causa desgaste e pode fragilizar o capital político da Corte, além do descrédito no ECI no caso não se visualize uma finitude do processo, pois os atores públicos e privados que acompanham o caso considerarão que a figura pode ser ineficaz para tratar a questão⁸ (GARAVITO: 2009; p. 438-439).

Um forte argumento crítico ao ECI é o acúmulo de funções do Corte⁹, no entanto o que acontece com esta figura, é exatamente o oposto. Em outras palavras, o ECI estabelece uma autolimitação do Tribunal; pois, diante da violação de direitos fundamentais de forma sistemática e generalizada, o pedido implica em um monitoramento jurisdicional acerca de ações do governo para contornar tal situação e, ele simplesmente o encoraja a fazê-lo da maneira mais eficiente e oportuna possível. Compreende uma ordem complexa que estabelece termos peremptórios de cumprimento para que os responsáveis – e não o Tribunal – resolvam a anomalia que causou a violação coletiva de direitos. (PEÑA: 2011; p. 10)

Garavito (2009; p. 488-489) considera que a técnica do ECI tem sido uma das ferramentas mais importantes para a inovação do constitucionalismo contemporâneo. Foi a partir dela que o Tribunal Constitucional colombiano conquistou um lugar de destaque no cenário jurídico internacional e no debate público colombiano. Contudo, o mais importante foi que o ECI tornou visível a existência de violações massivas e graves de direitos humanos e, com maior ou menor sucesso, dependendo do caso, têm promovido políticas públicas para atendê-los, não deixando de salientar que a Corte Constitucional da Colômbia ainda tem como assunto pendente a construção de um raciocínio sistemático sobre o tema, pois só assim é possível fortalecer e legitimar a figura do ECI.

⁸ Em concordância com o citado por Garavito e realizando uma observação sob uma perspectiva do Supremo Tribunal Federal, Glauco Salomão Leite (2021; p. 276) ressalta que “a decisão do STF precisa ser observada considerando as capacidades institucionais de um Tribunal. Dificilmente em casos que envolvem uma evidente complexidade como este, uma Corte terá condições de efetuar mudanças sociais e políticas mais robustas a curto prazo, o que leva o exercício de uma jurisdição constitucional que desenha diálogos institucionais com outros autores, de sorte que o papel do Tribunal está mais próximo a uma instância de coordenação e moderação das ações a serem executadas pelos atores envolvidos. Do contrário, corre-se o risco de a decisão expressar muito mais um caráter político-simbólico do que jurídico-normativo, de modo que não terá a eficácia desejada.”

⁹ Uma das principais críticas feitas ao ECI é uma possível violação a separação de poderes e não se pode negar seu impacto, porém esse não pode ser visto de maneira tão inflexível, uma vez que, conforme citado por Aileen Kavanagh (2016; p. 221-222/224), uma rigorosa separação de poderes perpassa também por tornar o Estado ingovernável.

Adentrando na temática dos efeitos da decisão judicial, quando essa é analisada, 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 vislumbrar 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. Primeiramente, alguns autores, como Gerald Rosenberg (1991) e Mark Tushnet e Larry Yackle (1997)¹⁰, 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 decisões¹¹. Em outras palavras, é a capacidade da decisão judicial de produzir determinada conduta nos indivíduos destinatários da sentença (GARCIA VILLEGAS: 2014; p. 49).

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).

¹⁰ 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.

¹¹ 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. O autor concluiu, em síntese, que a alegação de 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).

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 envolvidos¹². 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 destinado a produzir determinados comportamentos que a decisão busca alcançar (GARCIA VILLEGAS: 2014; p. 51).

César Garavito e Diana Franco (2010; p. 24-25) fazem a distinção de duas classificações, atreladas aos efeitos instrumentais e simbólicos, e que os cruzamentos dessas dá origem a quatro tipologias de efeitos, os quais serão adotados para classificar os efeitos das medidas cautelares deferidas pelo STF.

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)

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

¹² Adentrando no âmbito das pesquisas emblemáticas acerca dos efeitos das decisões judiciais, o fundamento principal acerca do efeito simbólico 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 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).

(GARAVITO, FRANCO: 2010; p. 24).

Realizadas tais considerações, adentraremos na análise da ação e seus efeitos práticos.

3. DESCONTINGENCIAMENTO DA VERBA DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN)

O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, instituído no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública e gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Caracteriza-se por ser um fundo público¹³, que detém reserva, constituído de dinheiro, bens e ações afetado pelo Estado a determinado fim, a um interesse público e tem por finalidade proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional¹⁴ (BRASIL: 1994).

Realizadas essas explanações acerca do FUNPEN, com fulcro na Lei Complementar nº

¹³ A composição dos recursos do FUNPEN é constituída a partir de a) dotações orçamentárias da União; b) doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras; c) recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras; d) recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986; e) multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado; f) fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal; g) rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FUNPEN; h) outros recursos que lhe forem destinados por lei. (BRASIL: 1994)

¹⁴ Atualmente, com o advento da Lei nº 13.500/2017, aplicação dos recursos do Fundo é voltada para: a) construir e aprimorar os estabelecimentos penais; b) manter os serviços e realizar investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança; c) formar, aperfeiçoar e especializar o serviço penitenciário; d) adquirir material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais; e) implantar medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado; f) a formação educacional e cultural do preso e do internado; g) elaborar e executar projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes; h) programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; i) programa de assistência às vítimas de crime e aos dependentes de presos e internados; j) a participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil ou no exterior, como também publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; k) custear sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos; l) manter casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica; m) implantar e manter berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais, nos termos do § 2º do art. 83 e do art. 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal; n) a programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação; o) financiar e apoiar a políticas e atividades preventivas, inclusive da inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária. (BRASIL: 1994)

79/1994, foi questionado na petição inicial da ADPF nº 347 a rigidez burocrática e o contingenciamento¹⁵ desse fundo para fins de alcance de metas fiscais, não condizendo com o correto uso da verba (BRASIL: 2015B). Então, um dos pedidos cautelares foi o descontingenciamento do FUNPEN com fins de minorar a situação degradante do sistema penitenciário do país.

A única medida cautelar dirigida ao Executivo importava no descontingenciamento dos recursos do FUNPEN, para que fossem alocados às finalidades que justificaram sua criação. Contudo, no ato do julgamento, o então advogado-geral da União (AGU), Luís Inácio Lucena Adams, informou aos ministros que tais recursos não estavam mais contingenciados (MAGALHÃES: 2019B; p. 8). A preocupação acerca do deferimento dessa cautelar perpassou em uma possível falta de planejamento para o uso da verba, porém também não foi demonstrado nenhum cuidado no tocante ao monitoramento com fins de fiscalizar a utilização do recurso¹⁶ (BRASIL: 2015A; p. 96-100).

Em 2017, adveio a Lei nº 13.500, a partir da conversão da Medida Provisória (MP) nº 781/2017. A referida lei trouxe alterações à Lei Complementar nº 79/1994 como a vedação ao contingenciamento das verbas do FUNPEN (art. 3º, §6º); o repasse de percentual aos estados, DF e municípios, a título de transferência obrigatória e independentemente de convênio ou instrumento congênere, sendo gradativo dentro do período de 2017 a 2019, e nos exercícios seguintes com o percentual fixo de 40% do repasse (art. 3º-A); e autorização da transferência de recursos do FUNPEN à organização da sociedade civil que administre estabelecimento penal destinado a receber condenados a pena privativa de liberdade (art. 3º-B) (BRASIL: 2017B). Essas alterações a Lei Complementar nº 79/1994 foram objeto de análise de um relatório do

¹⁵ “Contingenciamento é o bloqueio das dotações orçamentárias. Tal procedimento é feito pelo Executivo com objetivo de assegurar o equilíbrio orçamentário, ou seja, equilibrar a execução das despesas e a disponibilidade efetiva de recursos.” (SENADO NOTÍCIAS: 2022)

¹⁶ O ministro Teori Zavascki, apesar de concordar que devido as circunstâncias vividas no sistema penitenciário brasileiro, o descontingenciamento do Fundo seria uma medida adequada, mais uma vez, demonstrou preocupação quanto a aprovação da medida, uma vez que com a afirmação do AGU, o problema não estaria no contingenciamento da verba e sim na falta de planos de ação para aplicá-la. (BRASIL: 2015A; p. 96-97). No mesmo contexto, o ministro Ricardo Lewandowski já acenava a possibilidade de que o monitoramento da verba não estaria concentrado no STF (ou órgão responsável designado), visto que afirmou que com a liberação dos recursos do FUNPEN, o Ministério Público, sabendo da disponibilidade dessa e de seu descontingenciamento, poderia pedir ao juiz que se fizesse obras específicas de caráter emergencial (BRASIL: 2015A; p. 100). Em momento algum da sessão de julgamento se questionou tampouco cogitou a possibilidade de fiscalizar o uso dos recursos do FUNPEN.

Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) ainda no contexto da mencionada Medida Provisória¹⁷.

Durante o período da pesquisa, atentou-se para o seguinte questionamento: o STF está monitorando o uso da verba do FUNPEN? A decisão do descontinenciamento foi importante, mas será que foi suficiente para garantir que o recurso estava sendo usado, ou numa perspectiva de análise mais aprofundada, bem usado?

Analizando a documentação da ADPF nº 347, bem como fazendo uma busca em programas do Conselho Nacional de Justiça responsáveis pelo sistema carcerário, salvo petições de alguns estados alegando ainda não ter recebido as verbas do Fundo, não foi encontrado nenhum documento que comprovasse algum monitoramento por parte do Supremo quanto ao uso da verba do FUNPEN. Tal fato já fora antevisto no julgamento da ação, que possivelmente ficaria a cargo do Executivo federal, estadual, distrital e municipal a decisão de como fazer proveito da verba, no entanto essa situação é preocupante vide a declaração do ECI.

Uma das principais premissas do Estado de Coisas Inconstitucional é justamente o monitoramento judicial das políticas públicas que cerceiam o sistema penitenciário. Essa foi a primeira oportunidade que a Corte teve em realizar essa fiscalização, bem como desenvolver o diálogo com o Executivo para discutir a alocação de recursos e o uso dele, contudo isso não se concretizou.

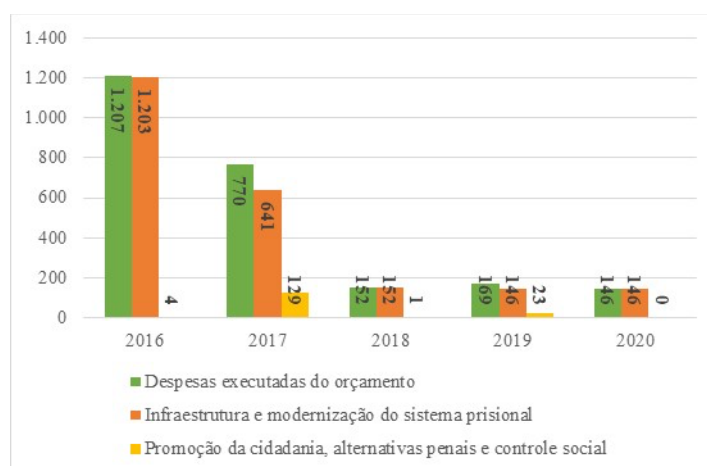
Glauco Leite (2021; p. 278) enfatiza que as ordens advindas do Tribunal deveriam ser alvo de um monitoramento ativo, através de, por exemplo, audiências públicas e relatórios de acompanhamento, para assim a Corte ter mais possibilidades de superar resistências às mudanças nas políticas públicas, sejam políticas, econômicas ou institucionais e gerando efeitos indiretos e simbólicos, uma vez que ressaltam a omissão estatal para a opinião pública, proporcionando um maior suporte por parte da sociedade à decisão da Corte.

Martin Petiz (2021; p. 22-23), em seu artigo, já fez um levantamento sobre o uso da verba do Fundo e concluiu que a ausência de monitoramento judicial contribuiu para que uma

¹⁷ As informações sobre o relatório só serão as pertinentes as propostas de ambas as MPs que foram convertidas na Lei nº 13.500/2017. O relatório temático intitulado "FUNPEN e Prevenção à tortura: as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil" elaborado pelo órgão Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), ligado ao ministério de Direitos Humanos, ele mostra os possíveis impactos das alterações legais proporcionadas pela Lei nº 13.500/2017. Para maiores detalhamentos, BRASIL (2017C).

das medidas cautelares se tornar praticamente inexpressiva¹⁸. O autor investigou dentro do período de 2017 a 2020. Aqui pretende-se ampliar um pouco a sua pesquisa, incluindo o ano de 2016, utilizando de metodologia semelhante¹⁹, entretanto a pretensão é estender a contribuição trazendo não só o investimento realizado, mas também dados sobre os valores empenhados do recurso, através do percentual do que foi planejado *versus* o que de fato foi cumprido.

Gráfico 1 - Investimento público no sistema prisional brasileiro em milhões de reais no período de 2016 a 2020 (R\$/1.000.000)

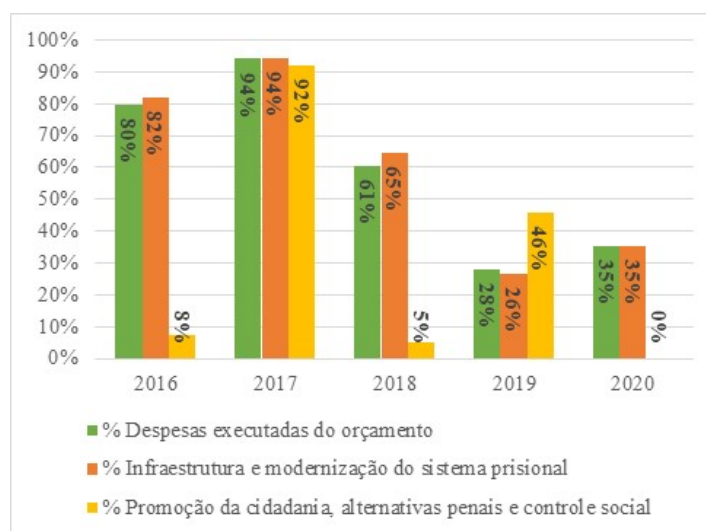


Fontes: PETIZ (2021; p. 22) – ampliado e adaptado; BRASIL (2022)

¹⁸ Para comprovar, ele fez uma demonstração gráfica, permitindo a visualização do alto investimento em infraestrutura e modernização do sistema prisional e do baixíssimo uso dos recursos para promoção da cidadania, alternativas penais e controle social. O autor investigou dentro do período de 2017 a 2020.

¹⁹ “Os indicadores são agrupados no Portal da Transparência (2021) sobre os seguintes títulos: (i) aprimoramento do sistema penitenciário nacional e incentivo ao desenvolvimento da inteligência penitenciária; (ii) racionalização e modernização do sistema penal; (iii) aprimoramento da infraestrutura e modernização do sistema penal; (iv) consolidação do sistema penitenciário federal; (v) promoção da cidadania, alternativas penais e controle social; (vi) capacitação e qualificação em serviços penais; (vii) construção e aprimoramento da penitenciária federal em Itaqui/PE; (viii) enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus. Considerou-se que todos os indicadores identificados, com exceção do indicador (v), dizem respeito a medidas de expansão do sistema penitenciário, no sentido criticado como sendo a política já adotada antes da ADPF 347 MC para enfrentamento da questão prisional. Por isso, todas as demais foram somadas para constituir a coluna ‘Infraestrutura e modernização do sistema prisional’” (PETIZ: 2021; p. 23). Na minha pesquisa, encontrei 17 tipificações de ações orçamentárias, algumas coincidem com a pesquisa do autor, outras não, mas em concordância com ele, a exceção do título “promoção da cidadania, alternativas penais e controle social” todas as outras se encaixam na mesma nomenclatura que ele utilizou “Infraestrutura e modernização do sistema prisional”. Foi incluída a verba destinada ao enfrentamento do coronavírus na mesma tipificação, vide a excepcionalidade de tal orçamento. Então, foi feito uso dessa mesma metodologia nos gráficos.

Gráfico 2 – Percentual Executado (Valor Pago) / Planejado (Valor Empenhado) dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional no período de 2016 a 2020 (%)



Fonte: BRASIL (2022)

A partir das informações acima, pode-se tecer alguns comentários. Primeiro, houve um grande investimento no sistema prisional em 2016, ano seguinte a declaração do ECI e da decisão de descontingenciamento do FUNPEN, no entanto, no mesmo período, apenas 8% do que foi planejado para a ação orçamentária “Promoção da cidadania, alternativas penais e controle social” foi de fato executado. O ano de 2017 foi mais promissor nos investimentos no sistema penitenciário, com percentuais acima de 90% do executado versus planejado, mas quando olhamos a proporção de valores investidos em cada categoria, percebe-se, mais uma vez, que a parte do orçamento que visa as alternativas penais é bem abaixo do investimento de infraestrutura e modernização do sistema prisional.

Os anos seguintes se tornaram mais caóticos, seja pelo investimento baixo, em comparação aos anos de 2016 e 2017, como também a adesão da execução perante o que foi planejado foi decaindo, sendo bastante preocupante o ano de 2019, pois os valores investidos foram ínfimos e o percentual de execução muito abaixo do que foi planejado. No ano de 2020, sequer teve valor empenhado para a ação orçamentária que visa investir nas alternativas penais (BRASIL: 2022).

A partir dessas informações, tem-se algumas conclusões: no ano de 2019, por exemplo,

por força da lei nº 13.500/2017 a verba do FUNPEN não estava contingenciada, houve um valor expressivo empenhado, mais de R\$ 600 milhões²⁰ (BRASIL: 2022), e ainda assim só 26% dessa verba foi de fato efetiva para o que se propõe. A outra conclusão é: esse de fato foi um ensejo do Supremo Tribunal Federal de atuar conforme preconiza a declaração do ECI, monitorando as políticas públicas e ainda assim sem violar a separação de poderes, principal alvo dos críticos da técnica de decisão. Como foi demonstrado, o Poder Executivo realizou suas projeções orçamentárias para o FUNPEN, sem interferências, no entanto, a exceção dos anos de 2016 e 2017, o que foi concretizado foi bem abaixo do programado.

Em outras palavras, a verba existia, pois estava empenhada, mas o uso foi quase que inexpressivo. A atuação da Corte poderia ser nessa questão, visto que não ia interferir no orçamento em si, pois os valores já faziam parte do planejamento orçamentário, e poderia exigir o uso adequado dos recursos com fins de atingir percentuais mais significativos, como também atuar veementemente na utilização do investimento em ações de alternativas penais. Contudo, até o momento, isso não foi realizado e merece ser alvo de críticas.

Com isso, o efeito da decisão gerado a partir dessa cautelar poderia ser classificado como instrumental direto, visto que o descontingenciamento ordenado pela decisão afeta diretamente os beneficiários do Fundo. Entretanto, pela falta de monitoramento, torna-se, realisticamente, um efeito simbólico indireto, visto que se tratou de uma mudança de percepção acerca da verba, cujo descontingenciamento era necessário, porém não foram realizados todos os esforços necessários para que tornasse concreta para seus beneficiários, vide a subutilização dos recursos.

4. CONCLUSÃO

Ao longo dessa pesquisa, algumas nuances foram analisadas acerca do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, desde seus primórdios na jurisprudência colombiana, seus impactos em um importante princípio constitucional, a separação de poderes, e os efeitos da decisão para os beneficiários da ação, bem como toda a sociedade. É um assunto ainda controverso dentre a

²⁰ Precisamente, R\$ 601.654.572,70.



O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E O DESCONTINGENCIAMENTO DOS RECURSOS DO FUNPEN

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN BRAZIL AND DECONTINGENCY OF PENITENTIARY FUND'S RESOURCES

doutrina brasileira, porém vem delineando, ainda que mais lento do que o esperado, seus contornos ao longo dos últimos anos.

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 banho²¹.

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. Entretanto os desafios são gigantes, a começar pela própria decisão da Corte, que deferiu poucas medidas cautelares e ainda deixou muitas brechas que, conforme analisado nessa pesquisa, algumas delas foram corrigidas em situações alheias a ação, a exemplo de três cautelares citadas neste artigo.

Quando se adentrou na análise das medidas cautelares, especialmente aquela concernente ao descontingenciamento dos recursos do FUNPEN, foi vislumbrado que, no atual momento da ação, a falta de monitoramento, sendo esse um dos principais balizadores da técnica de decisão, pode ter deixado o sistema penitenciário nacional sem receber os recursos necessários, visto que o Poder Público permaneceu em sua omissão e o STF não agiu como deveria nesse aspecto.

Assim, o Supremo precisa ter uma mudança de percepção acerca do instrumento. É necessário mais empenho da instituição, o monitoramento se provou necessário. E o ponto

²¹ Essas e outras afirmações acerca dos presídios também estão presentes em BRASIL (2015A).

principal: é deveras urgente que aconteça o julgamento do mérito. Pois é a partir desse que haverá a formação dos planos de ação que proporcionarão a interação entre os Poderes com a finalidade de dimensionar um horizonte temporal para a superação do ECI no sistema penitenciário.

Estamos na iminência da declaração de um novo Estado de Coisas Inconstitucional, dessa vez referente à situação da política ambiental. Na ADPF nº 760, a ministra Carmen Lúcia, relatora da ação, já proferiu seu voto em abril de 2022 sendo favorável a declaração do instrumento. Atualmente o julgamento está suspenso pelo pedido de vista do ministro André Mendonça.

A fim de não cometer os equívocos do julgamento de 2015, visto a urgência de quaisquer temas em que haja a declaração do ECI, é necessário que o STF não tarde o julgamento do mérito, e, de imediato, planejar o monitoramento e possível delegação de tal feito para outros órgãos²², podendo ser uma alternativa para o STF não acompanhar a efetivação sozinho, além de poder fomentar uma equipe especializada no tema para inspecionar os planos de ação.

Não compactuo da visão otimista que vê o ECI como a solução para os problemas de graves violações de direitos no Brasil, visto a complexidade envolvida na aplicação do instrumento, mas acredito no poder de mudança a ser obtido a partir do uso da técnica de decisão. É um veredito que tendência a ser histórico em nosso sistema normativo, mas, para a o alcance de objetivos, é necessária a atuação conjunta dos três Poderes para de fato haver mudanças nas políticas públicas no sistema penitenciário brasileiro.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994.** Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp79.htm compilado.htm. Acesso em: 07 mai. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF – Distrito Federal.** Medida Cautelar. DJE nº 181 de 14 set. 2015

²² A exemplo do ocorrido com as audiências de custódia incumbindo o CNJ de acompanhar a execução da implantação.



O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E O DESCONTINGENCIAMENTO DOS RECURSOS DO FUNPEN

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN BRAZIL AND DECONTINGENCY OF PENITENTIARY FUND'S RESOURCES

Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 23 mar. 2022. (A)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF – Distrito Federal**. Petição Inicial. DJE nº 102 de 01 jun. 2015. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 23 mar. 2022. (B)

BRASIL. **Lei nº 13.500, de 26 de outubro de 2017**. Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, para permitir a prestação de serviços, em caráter excepcional e voluntário, à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), na qual se inclui a Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113500.htm. Acesso em: 06 mai. 2022 (B)

BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Temático: FUNPEN e Prevenção à Tortura - As ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil**. MNPCT: Brasília, 2017. Disponível em:
<https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/funpen.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2022 (C)

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Fundo Penitenciário Nacional**. Portal da Transparência. Disponível em: <https://portaldatransparencia.cgu.gov.br/orgaos/30907?>. Acesso em: 02 abr. 2022 (A).

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

EPP, Charles R. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008.

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

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



O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E O DESCONTINGENCIAMENTO DOS RECURSOS DO FUNPEN

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN BRAZIL AND DECONTINGENCY OF PENITENTIARY FUND'S RESOURCES

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

KAVANAGH, Aileen. The constitutional separation of powers. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (ed.) **Philosophical foundations of constitutional law**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 221-239.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo institucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ByKVxtb9n59HykCV4457SvB/?format=html>. Acesso em: 07 mar. 2022. (B)

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

SAMPAIO MELO, Myrlla Arielle Fernandes; FERREIRA, Emanuel de Melo. Autoritarismo e Estado de Coisas Inconstitucional: como o bolsonarismo buscou impedir a implementação das audiências de custódia. **REI – Revista de Estudos Institucionais**. Vol. 8 no. 3. 2022. p. 507-528.

SAMPAIO MELO, Myrlla Arielle Fernandes. A eficácia do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: a análise da implementação das audiências de custódia. **Revista Juridicidade Constitucional e Democracia**. Vol. 1 No. 1. 2023. p. 24-47.

PEÑA, Gabriel Bustamante. **Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas**. Dissertação (Mestrado). Curso de Estudos Políticos, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011. 103 f.

PETIZ, Martin Magnus. O Estado de Coisas Inconstitucional como estratégia de diálogo institucional no julgamento da ADPF 347 MC/DF pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte: v. 6, n. 1, e26989. ISSN: 2525-8036. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revice/article/view/26989>. Acesso em: 15 fev. 2022

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

SENADO NOTÍCIAS. **Glossário Legislativo – Contingenciamento**. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/contingenciamento>. Acesso em: 15 mai. 2022.



O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E O DESCONTINGENCIAMENTO DOS RECURSOS DO FUNPEN

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN BRAZIL AND DECONTINGENCY OF PENITENTIARY FUND'S RESOURCES

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

Recebido em: 21 de julho de 2023

Aceito em: 10 de agosto de 2023



Osmar Veronese¹
Specht Lemos da Silva²

RESUMO

Cotidianamente, ocupa-se em tratar a situação caótica dos estabelecimentos prisionais brasileiros, mas pouco se expõe sobre a mulher em situação de cárcere, visto que as prisões foram criadas por homens e para homens. O estudo tem como tema a cultura patriarcal e a mulher encarcerada, sendo delimitado na invisibilidade da mulher encarcerada. Assim, como objetivo principal e pergunta norteadora, tem-se: como a herança do patriarcado pode (des)legitimar a violação de direitos das mulheres encarceradas e fomentar a (in)visibilidade? Em busca de respostas, o artigo se estrutura em duas partes. A primeira, evidencia questões ligadas à liberdade das mulheres e a cultura patriarcal, bem como da situação da mulher encarcerada. A segunda, dialoga sobre a dignidade da pessoa humana e as condições atuais das mulheres nos estabelecimentos prisionais. Quanto à metodologia emprega-se o método dedutivo analítico, coleta de dados bibliográficos, normativos e informações/estatísticas da Organização Mulheres em Prisão. A abordagem encontra eco no fato de que, de um modo geral, a situação desigual da mulher na sociedade se agrava com a condenação à pena privativa de liberdade, consolidando comportamentos culturais desiguais e excludentes, os quais precisam ser denunciados e revertidos.

Palavras-chave: prisão – mulheres – reconhecimento – reificação – dignidade humana – invisibilidade.

ABSTRACT

Every day, it deals with the chaotic situation in Brazilian prisons, but little is said about women in prison, given that prisons were created by men and for men. The study's theme is patriarchal culture and imprisoned women, being delimited by the invisibility of imprisoned women. Thus, as the main objective and guiding question, we have: how can the legacy of patriarchy (de)legitimize the violation of the rights of incarcerated women and encourage (in)visibility? In search of answers, the article is structured in two parts. The first highlights issues linked to women's freedom and patriarchal culture, as well as the situation of imprisoned women. The second talks about the dignity of the human person and the current conditions of women in prisons. Regarding the methodology, the analytical deductive method is used, collecting bibliographical and normative data and information/statistics from the Women in Prison Organization. The approach resonates with the fact that, in general, the unequal situation of women in society is worsened by sentencing to a custodial sentence, consolidating unequal and exclusionary cultural behaviors, which need to be denounced and reversed.

Keywords: prison – women – recognition – reification – human dignity – invisibility.

¹ Doutor (Universidad 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.

² Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Regional Integrada do Alto-Uruguai e das Missões, Santo Ângelo/RS. Bolsista PROSUC-CAPES. Mestre em Direito – URI. Pós-graduada em Direito Penal Processual Penal, FEMA. Pós-graduada em Direito Previdenciário, Faculdades Legalle. Bacharela em Direito, FEMA. Integrante Grupo de Pesquisa (CNPQ) "Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas", vinculado ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* - Mestrado e Doutorado da URI, Santo Ângelo/RS. Endereço eletrônico: daianespecht@hotmail.com. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5351000562896130>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6536-0766>



1. INTRODUÇÃO

As inúmeras violações de direitos humanos e as condições deploráveis dos estabelecimentos prisionais brasileiros propiciaram a sua declaração de “estado de coisas inconstitucional”, pelo Supremo Tribunal Federal. Os indivíduos são desprezados quando encarcerados, à mercê da própria sorte em busca de meios para (sobre)viver no cárcere, visto que viver, dignamente, não é uma opção. O sistema prisional é seletivo, esconde a parcela social abandonada, em síntese, os pretos, os pobres, os periféricos, aqueles sem acesso aos direitos sociais básicos, os que estão à margem da sociedade.

A prisão é um assunto sensível a ser tratado, pois significa olhar para aqueles que muitos pretendem esquecer. Ao falar dos estabelecimentos prisionais, o pensamento recai nos presos – público masculino – em situação instável, seja pela superlotação, ausência estrutural, domínio de leis paralelas, corrupção, insalubridade, proliferação de epidemias, doenças, violência, entre outras mazelas. O cárcere está relacionado à imagem masculina, mas, mesmo que seu público seja majoritariamente de homens, existem mulheres que compõem o sistema, inclusive com número de condenações ascendente. Assim, como tema do presente estudo, tem-se a cultura patriarcal e a mulher encarcerada e a delimitação temática refere-se à invisibilidade da mulher no sistema penal.

Não se busca, no presente estudo, analisar a (in)eficiência da pena privativa de liberdade, pois toma-se que a pena prisão teve o seu ápice e apogeu no mesmo século de criação, nem afirmar que o público masculino não sofre com as negligências do sistema penitenciário. O que se intenta é tratar daquelas inferiorizadas e designadas ao abandono desde muito antes de qualquer condenação, pela estruturação de uma sociedade em valores patriarcais e machistas, sendo o encarceramento intensificador dessa situação. Para tanto, como objetivo geral e pergunta norteadora, têm-se: como a herança do patriarcado pode (des)legitimar a violação de direitos das mulheres encarceradas e fomentar a (in)visibilidade?

Na tentativa de uma resposta ao questionamento proposto, dividiu-se a escrita em duas partes. A primeira realiza uma abordagem quanto ao patriarcado e a liberdade das mulheres que, mesmo livres, são/estão aprisionadas, simbolicamente, pelos padrões e limites sociais tidos



como

naturais pela sociedade, bem como sobre a luta delas para conquista espaço e direitos, em especial à igualdade no tratamento. Para tanto, baseou-se na teoria do reconhecimento e consequente reificação das mulheres encarceradas, como possível justificativa para a situação de desprezo e abandono que são submetidas quando condenadas. Já a segunda parte do artigo examina a dignidade da pessoa humana, ocupando-se em fazer um liame com as condições atuais das prisões para o público feminino.

Os presos, além da pena privativa de liberdade, recebem, com a sentença, o certificado de abandono, de serem inumanos merecedores de toda atrocidade do sistema, pois descumpriram as normas impostas. Esse certificado é fornecido duplamente para a mulher que foi presa, porque, na hipótese do estudo, o breu das celas é mais intenso quando projetado sobre as mulheres encarceradas, elas estão no breu do breu dos estabelecimentos prisionais. A mulher encarcerada não apenas perde sua liberdade, mas passa a sofrer todos os tipos de violações de direitos, muitas delas ancoradas nos resquícios da cultura patriarcal e da dominação masculina, ainda existente na sociedade contemporânea.

Para atingir o objetivo proposto utilizou-se como metodologia o raciocínio dedutivo, abordando e entrelaçando as ideias da cultura patriarcal, da teoria do reconhecimento e da reificação do doutrinador Axel Honneth e da dignidade da pessoa humana. A coleta de dados da pesquisa bibliográfica se ancorou, além de Honneth, nos pensamentos de David Garland, Gerda Lerner, Ivone Gebara, Jessé Souza, Pierre Bourdieu, entre outros. Além disso, a legislação pátria e informações/estatísticas da Organização Mulheres em Prisão foram fontes importantes. Esta Organização é uma iniciativa que busca dar visibilidade às questões que envolvem as mulheres em situação de cárcere. A organização tem o apoio do ITTC – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, que é uma instituição de Direitos Humanos criada em 1997, no qual a defesa principal condiz com o fim da desigualdade de gênero, garantia de direitos e o combate ao encarceramento massivo.

A relevância do estudo se assenta no esforço por dar visibilidade às mulheres encarceradas e a necessidade de ultrapassar comportamentos culturais, tidos como naturais e repetidos irrefletidamente, que inferiorizam e desmerecem as mulheres. Busca, assim,



descortinar corpos e vidas esquecidas no breu do breu dos estabelecimentos prisionais, pela família, pela sociedade e pelo Estado, mas que merecem ter um tratamento igualitário, respeitoso e digno.

2. O PATRIARCADO E A DOMINAÇÃO MASCULINA: A MULHER E SUA LIBERDADE RESTRINGIDA

A questão da liberdade para as mulheres possui um caminhar mais árduo, pois já ao nascer elas têm suas vidas traçadas/delimitadas pelos poderes simbólicos, silenciosamente violentos, que estabelecem padrões comportamentais quase inquestionáveis que as limitam. Verifica-se não ser necessária a condenação penal para a mulher ter a liberdade prejudicada, pois já sente e sofre com os alijamentos herdados e impostos pelo patriarcado, que as caracterizam como inferiores e têm as rédeas de suas vidas direcionadas pelos homens. A seletividade e precariedade dos estabelecimentos prisionais brasileiros revelam uma sociedade excludente e desigual, situação intensificada ao tratar sobre a mulher no cárcere, visto que a prisão foi criada por homens e para homens.

A liberdade e a igualdade não são fatos alcançados de antemão, para as mulheres. (Wollstonecraft, 2015). Refere-se a algo que se tem de construir, por meio de intervenções sociais e públicas. Portanto, quando utilizamos a linguagem dos direitos, “não partimos do que ‘temos’, mas sim do que devemos ‘ter’ sendo que, para ‘construir’ uma cultura de direitos humanos consiste em construir uma cultura de paz, de encontro, de cultura de convivência” (Angelin; Hahn, 2019, p. 117).

As mulheres vivem um aprisionamento simbólico determinado pelo patriarcado, mesmo antes de qualquer condenação criminal, já nascem presas; presas às vontades e aos padrões comportamentais já impostos e tidos como naturais e corretos, da superioridade masculina. Para as mulheres,

a liberdade civil não é universal – é um atributo masculino e depende do direito patriarcal [...]. Seu sucesso nesse empreendimento é narrado na história do contrato sexual. O pacto original é tanto um contrato sexual quanto social: é social no sentido de patriarcal – isto é, o contrato cria o direito político dos homens sobre as mulheres.



[...] ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno. (Petman, 2021, p. 16 – 17).

A inferiorização e a ideia de dominação/subordinação da mulher, que intensifica a hierarquia entre os sexos masculino e feminino, possui relação com a conceituação do poder. O poder corresponde à possibilidade de produzir efeitos, inclusive sobre o corpo do outro (Casara, 2018, p. 10). Os resquícios do patriarcado são capazes de determinar “comportamentos, ações, intervir na economia, na política e em todas as esferas públicas e privadas na sociedade, mas em especial, de determinar identidades estereotipadas das mulheres”. (Angelin; Hahn 2019, p.76).

A dominação masculina, por ser compreendida como natural, não é identificada, facilmente, como algo reprovável. Mesmo que tal condição não seja “privilegio” só das mulheres, pois impera em relação a todos os indivíduos considerados “*inferiores* na hierarquia masculina, em razão da constituição de relações sociais, pautadas e conduzidas pelo poder masculino e tendo o homem e seus valores no centro de tudo” (Angelin; Hahn, 2019, p. 77). A cultura patriarcal aumenta as situações de exclusão e opressão, de modo que acaba por prevalecer, também “na sociedade e, ao mesmo tempo, nos poderes constituídos, (re)produzindo valores opressores” (Veronese; Angelin, 2020, p. 308).

A condição de dominada/submissa ao homem vai além dos simbolismos, está arraigado no escopo social, é composta por violências silenciosas entendidas como merecidas e “normalizadas”, como algo cultural, transmitido por diferentes gerações (Bourdieu, 2014). Desse modo “a hierarquia patriarcal e sua estrutura de poder contaminam toda a sociedade, o direito patriarcal perpassa não apenas a sociedade civil, mas impregna também o Estado” (Saffioti, 2015, p. 57). Quando dito Estado, vê-se tratamento desigual em todas as esferas, inclusive na esfera criminal.

A instância central e legítima para tratar sobre a criminalidade e a pena de prisão, em uma tendência moderna, é a aplicação da lei, por um Judiciário independente, sendo que com o passar dos anos, tornaram-se intoleráveis as vinganças privadas do “olho por olho, dente por dente” (Garland, 2017). Com o suplício obsoleto, as penas de outrora, que mais pareciam peças teatrais expositivas de dor e de sofrimento, foram superadas, substituiu-se as masmorras pelas



celas

com grades de ferro, talvez tenha sido multiplicado a dor por ter aumentado o período da punição. Em relação ao sexo feminino, tem-se que a caça às bruxas foi suprimida, o que não foi suprimido foi a perseguição às mulheres.

As barras de ferro acabaram por materializar a exclusão de classes inteiras, até então ocultas na sociedade. A barreira visível das grades, vigilância, muros e o gélido das celas, materializam a exclusão social, pela seletividade das segregações. Seria “ingenuidade pensar que as práticas de dominação entre grupos sociais não estão refletidas na prisão e nas populações que abrigam”. (Amaral, 2016, p. 49). A pena privativa de liberdade reflete a sociedade em si, excludente, por repetir “os modos insidiosos pelos quais as práticas dos poderes dominantes constroem a ilusão de liberdade e igualdade”. (Souza, 2009, p. 42).

Para as mulheres, falar sobre a liberdade tem valor especial, tem timbre de carícias e de acariciar, em sentir a liberdade a cada passo das conquistas auferidas ao longo da história das sociedades (Gebara, 2022). Pelas inúmeras barreiras sociais, surge a necessidade de serem “reconhecidas e consideradas as diversas identidades femininas, entendendo que as opressões sociais, mesmo que baseadas no gênero, atingem de maneiras diferentes mulheres que se encontram sob diferentes condições factuais”. (Silva, 2019, p. 26).

O reconhecimento é de fundamental importância para superar esse cenário de aprisionamento e desigualdade vivenciado pelos indivíduos, em especial, pelas mulheres. A admissão da desigualdade existente entre gêneros que, na grande maioria das vezes, inferioriza o sexo feminino, é um passo para alterar a opressão, bem como em adquirir a consciência da importância da figura feminina na humanidade, a fim de que seja rompida a cultura de a mulher ser confinada a domesticação, oportunizando, assim, o seu reconhecimento (Gebara, 2017).

Para uma vida harmônica socialmente se faz necessário o reconhecimento pleno, ou seja, reconhecer-se e ser reconhecido, visto que o reconhecimento é tido como o “sentido moral que permite cimentar relações de identificação social e pertencimento grupal de modo a garantir laços efetivos de solidariedade entre os indivíduos e grupos”. (Souza, 2009, p. 31). Ao analisar a figura feminina, compreende-se que existem, em determinadas situações, a ausência do reconhecimento pleno.



Segundo a teoria de Axel Honneth, são três as esferas do reconhecimento, a primeira compreende o amor, a segunda compreende o direito (moral) e a terceira compreende a estima social (solidariedade). Na esfera do amor, cabe ao indivíduo, ser reconhecido como ser carente concreto; já na perspectiva do direito o reconhecimento seria como indivíduo de direito abstrato, e em relação à estima social deve ser visto e reconhecido como ser concreto universal (Honneth, 2003).

Quando o indivíduo não é reconhecido em alguma das esferas, ocorre um sofrimento e responde a uma identificação. Os atos de sofrimento correspondem o quanto o indivíduo é reconhecido ou não pela sociedade, envolve processos de indeterminação de transição. Com isso “a violência assume a figura de demanda de reconhecimento”. (Dunker, 2015, p. 63). A luta por ser reconhecido está ancorada na forma invisível da definição de “quem é ou não é ‘gente’, sempre segundo seus critérios contingentes e culturalmente determinados”. (Souza, 2003, p. 180). Nesse sentido, o

o reconhecimento é uma questão ética, pois o sujeito precisa ser reconhecido por outro sujeito, como uma condição necessária para a formação de uma subjetividade integral e não distorcida. Ele trabalha com o reconhecimento do indivíduo, pois, se o reconhecimento individual for negado, isso significa a privação dos pré-requisitos para seu pleno desenvolvimento (Angelin, Hahn, 2019, p. 116).

Revela-se assim, a necessidade do reconhecimento para que o outro entenda e tome posse da integridade humana. Quando o reconhecimento é pleno, o indivíduo passa a ter a convicção de que as suas pretensões e necessidades serão atendidas ao mesmo tempo em que compreende suas obrigações, reconhece os direitos que lhe pertencem (Honneth, 2003). Todavia, o que é visto com frequência, é uma sociedade “excludente e inquietante em virtude dos modelos de dominação, da falta de reconhecimento ou respeito social” (Young, 2015, p. 253), que em vez de reconhecer o outro, o reifica.

Pela ausência do reconhecimento, tem-se caracterizada a reificação, que consiste em tratar os seres humanos como objetos (Honneth, 2018). Para as mulheres, a ausência do reconhecimento e a coisificação já são sentidas e vivenciadas mesmo antes de qualquer condenação criminal. O legado do patriarcado impõe as mulheres o não reconhecimento,



reificadas não se sentem pertencentes ao corpo social, quando condenadas a pena privativa de liberdade, além do não reconhecimento, estão sujeitas a todas as profanações de direitos, sejam eles mais íntimos.

Quando ocorre a reificação existe o esquecimento do reconhecimento do outro do “processo por meio do qual, no nosso saber a respeito dos outros seres humanos e no modo como interagimos com eles, sem a consciência de que ambos são tributários do engajamento e do reconhecimento prévio”, e tal situação importa em aplicar ao ser não reconhecido, um *status* negativo. (Honneth, 2018, p. 15). O reificar tornou-se um método de justificar o injustificável, no exemplo, como rascunho de humano, torna-se possível impor ao seu corpo situações desprezáveis e lamentosas, como ocorre nos estabelecimentos prisionais, com as mulheres. Não sendo semelhante a mim, entendo como ser merecedora do sofrimento.

No contexto de uma sociedade patriarcal, a reificação ocorrida na prisão, com a mulher, é a segunda vivenciada. A segregação importa, muitas vezes, sua incapacidade de engajamento interessada quanto ao mundo que pertence, aniquilando seu caráter de abertura qualitativa (Honneth, 2018). Quando encarcerada, a mulher perde o pouco do reconhecimento que, talvez, possuísse, adquirindo o *status* de coisa, condição que possibilita e justifica qualquer forma de ataque aos seus direitos, por inexistir qualquer semelhança com o outro, seja o outro homem e/ou mulher.

O outro, no caso a mulher encarcerada, não é mais visto como uma pessoa humana, passando a ser visto como um ser inanimado, um mero objeto sem qualquer valor, razão pela qual se naturalizam as violações de direitos fundamentais e da dignidade humana. No breu do breu, as mulheres são esquecidas, muito provavelmente, pelo legado da cultura patriarcal que predomina na sociedade, ao colocar a mulher em segundo plano. O cenário de completo abandono e desprezo dos estabelecimentos prisionais pode ser justificado pela reificação e ausência de reconhecimento para com os que compõem o sistema. A mulher acaba por ser duplamente penalizada, pois quando em liberdade, está aprisionada aos padrões do legado patriarcal que anseia pela domesticação dos seus corpos e, após o seu aprisionamento, de fato, passa a adquirir o valor de coisa, tendo como merecidas as violações de direitos e da dignidade. É a essa mulher, coberta de poeira na penumbra da cela, que a próxima parte do estudo se



dedica.

3. A (IN)VISIBILIDADE DA MULHER EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE

Ao descrever brevemente sobre a cultura patriarcal que ainda permeia o meio social e, de certa forma, aprisiona as mulheres pelos padrões impostos, bem como ao analisar brevemente a teoria do reconhecimento de Axel Honneth e a reificação provocada/intensificada pela ausência de reconhecimento em situações de condenações a penas privativas de liberdade, urge a necessidade de examinar a situação do público feminino no cárcere. As pouco visíveis em liberdade (mulheres) se tornam invisíveis quando trancafiadas.

A política que predomina no cenário prisional brasileiro é de estigmatização demasiada, que fragiliza e criminaliza classes consideradas inferiores pela ordem dominante. As estatísticas apontam que são presos os pobres, os pretos, os periféricos, os indivíduos que estão à margem da sociedade, que o Estado pretende “esquecer”, mas e as mulheres? O cárcere representa a aceitação da política que legitima a exclusão, mesmo que da lei vertem mandamentos de igualdade. Os poderes invisíveis e preconceitos arraigados reproduzem e justificam a desigualdade e a consequente seletividade nos estabelecimentos prisionais. (Souza, 2018). A seletividade que assombra o aprisionamento, de forma geral, também atemoriza o encarceramento de mulheres.

Costumeiramente, ao tratar da prisão, discute-se o superencarceramento, as condições desumanas dos estabelecimentos prisionais, a seletividade, a violência, a prevalência das facções, entre outros assuntos. Essas situações são preocupantes, merecem ser tratadas, sem olvidar de outras ainda mais graves, como as circunstâncias da mulher no cárcere. Ao tratar sobre os estabelecimentos prisionais, normalmente se evidencia o público masculino preso, ignorando-se “as outras” invisíveis, mesmo não sendo poucas. Os dados apontam que aproximadamente 34 (trinta e quatro) mil mulheres brasileiras vivem segregadas (Organização Mulheres em Prisão, 2022), no breu do breu das celas prisionais.

Antes de tratar das condições precárias e desumanas das mulheres no cárcere, bem como das violações de direitos existentes, mister destacar as características/perfis das mulheres



encarceradas, visto que são vidas, normalmente, correlatas. A maioria das mulheres presas são mães, provedoras dos lares, quando condenadas passam a (sobre)viver longe de seus familiares e dependentes. Mais da metade delas estão condenadas pelo envolvimento com as drogas, pelo transporte ilegal ou pela comercialização de pequenas quantidades. (Organização Mulheres em Prisão, 2022).

O encarceramento feminino revela um cenário classista, racista e machista, por aprisionar as mulheres que já sofrem com a exclusão e preconceito quando em liberdade. Mais da metade das mulheres em cárcere, no Brasil, possuem apenas o ensino médio e têm entre 18 (dezoito) e 29 (vinte e nove) anos de idade, ou seja, são jovens que não tiveram acesso ao ensino básico; além de que 68% (sessenta e oito por cento) são negras e 57% (cinquenta e sete por cento) solteiras. Entre outros fatores, as mulheres encarceradas têm em comum é a dificuldade de acesso aos empregos formais, o que acaba por impulsioná-las ao desenvolvimento das atividades do varejo do tráfico de drogas, tendo em vista que a maioria das presas era antes provedora dos seus lares. (Organização Mulheres em Prisão, 2022).

As regras mínimas de tratamento aos encarcerados, disciplinadas pela Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Nacional e Penitenciária, também conhecida como “Regras de Mandela”, que não pretendem estabelecer, pormenorizadamente, as diretrizes do cárcere, e sim sugerir práticas para que seja ofertado o mínimo de dignidade aos presos, fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro. São regulamentos sobre crenças, preceitos morais, natureza racial, orientação sexual, enquanto o indivíduo estiver sob a custódia do Estado. Entre as recomendações, nota-se que a separação dos presos tem grande relevância, bem como o cuidado de citar condições mínimas para a mulher presa ter uma gravidez saudável e condições para permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (Brasil, 1994).

Ao analisar a situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros, percebe-se, no primeiro olhar, que a acolhida formal das Regras Mínimas para Tratamento do Preso não significou impacto imediato no mundo da vida. Quinze anos depois, foi promulgada lei com normas essenciais correspondentes as necessidades básicas do sexo feminino, a Lei nº 11.942 de 2009 que garante acompanhamento médico, no pré-natal e o pós-parto, assistência extensiva



aos

recém-nascidos, berçários para o cuidado dos seus filhos, meios para promover a amamentação da criança até no mínimo os 6 (seis) meses de idade, creches destinadas a crianças até 7 (sete) anos, e a obrigação de amparo às gestantes (Brasil, 2009). Essa demora só ratifica a desigualdade de gênero existente, visto que, “por longos períodos, as mulheres tiveram que lutar, a fim de convencer a sociedade que elas são merecedoras de direitos, assim como os homens”. (Angelin, Hahn, 2019, p. 89).

As condições reais das casas prisionais demonstram a dificuldade de cumprimento do que está, formalmente, estabelecido nas leis. Os presídios, com suas superlotações, não oferecem condições dignas de vida, os que compõem o sistema, não vivem, sobrevivem, pois estão submetidos a um ambiente insalubre, precário, violento, propício a contaminações e doenças. As mulheres, especificamente “tampouco têm camas, produtos de higiene, atendimento médico ou trabalho disponível para ocupar a mente, ajudar na ressocialização e na remissão da pena” (Queiroz, 2015. p. 103). As estruturas dos estabelecimentos prisionais, como já mencionado, foram feitas por homens e para abrigar os homens, são ambientes desestruturados para abrigar e sanar as necessidades das mulheres, predominando a precariedade em todos os sentidos. A debilidade estrutural das casas prisionais se apresenta nos

vazamentos, infiltrações, problemas de ventilação e o cheiro insuportável dos excrementos que vazam das privadas ou buracos no chão destinados a receber as necessidades do corpo. Insetos, baratas, sapos e ratos são companheiros comuns das moradoras do local. (Queiroz, 2015. p. 108).

Em tese, a dignidade da pessoa humana deveria ser garantida pela “necessidade do comprometimento do Estado em promover e garantir tal dignidade num contexto individual quanto coletivo”. (Veronese; Angelin, 2020, p. 305). Todavia, pelo cenário de exclusão e privilégios, entende-se que não é o suficiente nascer para ter direitos humanos, pois nem todos os indivíduos que compõem a sociedade têm acesso ao mínimo necessário para uma vida digna. Sob a tutela do Estado, as mulheres encarceradas deveriam ter o mínimo necessário para uma vida digna durante o cumprimento de suas penas. Deveriam! Ocorre que, as condições ofertadas não são suficientes para suprirem as necessidades das mulheres que não vivem e sim



sobrevivem no cárcere.

Embora não se desconheça e tampouco se está a avaliar as graves condutas do mundo da criminalidade, é fato que parte das mulheres encarceradas cumpre pena privativa de liberdade em decorrência das amarras da cultura patriarcal, visto que mais da metade das presas estão nessa condição por envolvimento com drogas e, não sendo elas chefes do tráfico, na maioria das vezes são aliciadas pelos seus companheiros – homens – que têm o domínio das suas vidas. Também, considerável parcela das mulheres encarceradas estão envolvidas no tráfico por necessidades financeiras, pois justificam os ilícitos pela necessidade de manter seus dependentes. Predominantemente as mulheres presas estão em situação de vulnerabilidade e são raras as mulheres que cumprem pena pela prática de crimes violentos. (Organização Mulheres em Prisão, 2022).

Ao considerar o perfil das mulheres encarceradas e os motivos das suas penas é possível notar a influência da cultura patriarcal para tal situação, pois desvalorizadas, inferiorizadas, subordinadas, acabam por ingressar no mundo do crime para suprir necessidades financeiras ou cumprir ordens “superiores”. As mulheres repetem o comportamento submisso que aprendem desde a infância, pela sua “inferioridade” natural. Tal situação acaba por permitir e registrar outros problemas existentes dentro do cárcere, de abusos daqueles que deveriam proteger. Dentro das prisões, a hierarquia deve ser mantida e as ordens superiores respeitadas (Varella, 2017, p. 13). As condições de encarceramento distanciam-se da dignidade propriamente dita.

Outro efeito da sociedade patriarcal presente no encarceramento das mulheres é o abandono. Diferentemente do que ocorre com os homens em situação de cárcere, as mulheres quase não recebem visitas de seus familiares e amigos. A prisão rompe laços familiares e reforça a vulnerabilidade (Organização Mulheres em Prisão, 2022). Os homens “não hesitam em abandonar mesmo aquelas que foram presas por ajudá-los, como no caso das que são flagradas com droga na portaria dos presídios masculinos em dia de visita” (Varella, 2017, p. 29), já as mulheres, quando os seus companheiros são submetidos a prisão, não possuem a opção de abandoná-los, devem respeitar o elo não rompido com a condenação.

Repete-se o ciclo de violência pelo fato de ser mulher. Quando a mulher é encarcerada, não é aceitável sua entrega ao mundo do crime, não poderia ser o seu “instinto” e, por não terem



sido

fortes o suficiente, demonstrando a fraqueza pela entrega dos seus corpos à criminalidade, merecem o abandono, diferentemente do que acontece com os homens, quando o cometimento de crimes, o desrespeito às regras e, conseqüentemente, a prisão, sempre se justifica e, por vezes, até os empodera. (Varella, 2017).

Portanto, a mulher encarcerada, além de enfrentar todos os problemas de um sistema carcerário precário e negligente, enfrenta discriminações específicas, como o abandono, da família e do Estado. Inegavelmente, tem violado direitos básicos, não tem o mínimo de dignidade humana, tendo prejuízos imensuráveis que afrontam a legislação pátria (Brasil, 1988). As condições desumanas do encarceramento também são vivenciadas pelos homens, mas as mulheres encarceradas acabam por terem seus direitos violados com mais intensidade, em razão dos legados do patriarcado que já as excluem e legitimam as indiferenças. A cultura patriarcal tida como legítima e transmitida em gerações “cobre o povo como uma carapaça isolante e ao mesmo tempo protetora. Dissonante em relação ao discurso do progresso, ela é perigosa”. (Perrot, 2006, p. 208).

Não somente o legado patriarcal impulsiona as mulheres para o cárcere, mas a predominância da cultura machista, sexista e preconceituosa instaurada na sociedade pode influenciar para as práticas delituosas e conseqüentemente suas inclusões nas prisões, pois já são, naturalmente, invisíveis, desvalorizadas, reificadas, não reconhecidas, caracterizadas como inferiores e submissas pelos demais, antes mesmo do aprisionamento, simplesmente, pelo fato de existir. O estabelecimento prisional demonstra ser um cenário de exclusão e impunidades, que exterioriza tratamentos desumanizados e cruéis, não oferecendo condições mínimas para a ressocialização, sendo um ambiente de sobrevivência. A prisão de mulheres aprofunda sua invisibilidade e abandono, cimenta a ausência de reconhecimento e a reificação, as declarando como indignas dos direitos humanos. Suas violações de direitos nas prisões são ainda mais justificadas, pois não são consideradas iguais, se comparado com o restante da sociedade. Escrever sobre isso faz parte de um esforço de retirada de camadas de encobrimento das mulheres no cárcere.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros, definitivamente, não se revelam aceitáveis. Tanto homens quanto mulheres em situação de cárcere sofrem com as mais diversas violações de direitos, sendo submetidos ao desprezo e ao abandono estatal que, em tese, deveria tutelar e ressignificar suas vidas. Entre outras mazelas, a superlotação e a seletividade das casas prisionais são violações de destaque no cenário pátrio, sendo encarcerado o retrato social de maior vulnerabilidade, que já sofre inúmeras violações de direitos mesmo quando em liberdade – os negros, os pobres, os periféricos, sem acesso à saúde, moradia, trabalho, educação, já condenados a uma vida de miséria e abandono.

Em relação às mulheres encarceradas, o perfil se mantém, elas representam o retrato social de maior vulnerabilidade, embora, de tão invisíveis entre os invisíveis, até a doutrina sobre o tema é escassa. Assim, este artigo objetiva lançar um pouco de luz sobre as condições das mulheres encarceradas, indicando um liame entre prisões e padrões culturais fixados pelo patriarcado. Esses padrões não toleram a mulher delinquente, por isso quando elas se encontram cumprindo pena, o abandono é mais amplo do que os demais encarcerados. Quando presas são colocadas em situação de inferioridade perante o homem e além de perder a liberdade, são condenadas ao abandono pleno, pois a sociedade não aceita a entrega do corpo feminino a criminalidade, por não ser do seu instinto, que deveria ser dócil e submisso.

Ao buscar responder o problema proposto tem-se que a cultura patriarcal, de dominação, inferiorização, submissão das mulheres perante os homens, pode intensificar a naturalização da violação de direitos das mulheres encarceradas e a sua invisibilidade, porque não seria do instinto da mulher a criminalidade e por isso é totalmente reprovável o comportamento. Ao homem, naturalmente é colocado a figura viril, que pretende adquirir o poder, situação que até pode ser justificada pelo cometimento de delitos, o coloca em posição superior, já a mulher “criminosa” representa a vergonha para a família. Não raro, mesmo em liberdade, as mulheres são inferiorizadas, domesticadas, dominadas, limitadas e designadas ao abandono, em razão do cenário brasileiro de hierarquização de gênero, pondo o homem em lugar de destaque e em posição de dominação.



O mandamento constitucional da igualdade formal entre homens e mulheres está longe de se transformar em maior igualdade material, e está ainda mais distante da realidade das mulheres encarceradas. No contexto brasileiro atual, é possível afirmar que foram naturalizados alguns padrões culturais patriarcais, vivenciados irrefletidamente, pois de tão corriqueiros, não são vistos como excludentes. Assim, as mesmas mulheres que, fora do cárcere, são presas, simbolicamente, às condições sociais estabelecidas, dentro do cárcere recebem outras camadas de violência, em especial o pleno abandono.

Nessa toada, oportuno sublinhar que a reificação das mulheres não ocorre tão somente quando estão em situação de cárcere, visto que mesmo antes de qualquer condenação criminal já são tratadas como objetos inanimados, sem vida, sem quereres, sem importância. Isso indica a ausência do reconhecimento, como ensina Axel Honneth, advinda das esferas do amor, do direito e da solidariedade, o que impulsiona o tratamento desigual e violador de direitos, pois não sendo consideradas como semelhantes, é possível e aceitável toda e qualquer violação do seu físico ou ao seu íntimo.

A via dormente de normatização das regras mínimas para o tratamento do preso é mais um indicativo dessa superestrutura discriminatória, cuja demora na inclusão de direitos específicos para as mulheres no âmbito da execução penal é mais uma face do descaso. Ao traçar os perfis e as condições que impulsionam as mulheres à prática de delitos, exsurge a influência da cultura patriarcal nas condenações e condições impostas no cárcere. As presas representam o retrato social mais vulnerável e, considerando os crimes que são condenadas, demonstra resquícios do patriarcado, da naturalização da domesticação/subordinação da mulher. O tratamento desigual naturalizado quando em liberdade, é recrudescido no cárcere, espaço que as mulheres “podem” sofrer toda profanação, pois são “merecedoras”, em razão do mal causado ao corpo social.

Por fim, não se está a defender a prática de crimes, e até, em uma sociedade ideal, a existência de cadeias seria algo supérfluo. Entretanto, em se falando de Brasil, o modelo carcerário, além de não ressocializar os privados de liberdade, fomenta toda a estrutura criminal. E no fundo do cárcere, soterradas, estão as mulheres, que, se por um lado, vitimam, por outro, são vítimas de uma sociedade segregadora, que a maltrata fora e a super-maltrata dentro do



cárcere. Definitivamente, uma sociedade melhor e mais segura não se constrói depositando as mulheres no breu do breu do sistema carcerário, repetindo a exclusão e inferiorização ensinada pela cultura patriarcal.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Claudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiá, Paco Editorial: 2016

ANGELIN, Rosangela; HAHN, Noli. **Movimentos feministas e a vida das mulheres: (re)construindo possibilidades emancipatórias**. Curitiba: CRV, 2019.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

_____, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 1. ed. Rio de Janeiro: BestBoslo, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 15 jan 2023.

_____. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos no Brasil. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>. Acessado em 15 jan 2023.

_____. **Lei 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar À mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.942%2C%20DE%2028,nascidos%20condi%C3%A7%C3%B5es%20m%C3%ADnimas%20de%20assist%C3%A2ncia. Acesso em 30 mai 2023.

CASARA, Rubens. **Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade, autoritária, idiotização e barbárie**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, sofrimento e sintoma: uma patologia do Brasil entre muros**. 1 ed. São Paulo: Boi e tempo, 2015.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade**



contemporânea. trad.apr. Notas. Andre Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GEBARA, Ivone. “Acalentar”. In: **Esperança feminista**. DINIZ, Debora; GEBARA, Ivone. 1 ed. Rio de Janeiro; Rosa dos Tempos, p. 103.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

_____. **Reificação**: um estudo de teoria do reconhecimento. Traduzido por Rurion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Direitos & Gênero**. Disponível em: <http://ittc.org.br/direitos-genero/>. Acessado em 15 jan 2023.

ORGANIZAÇÃO MULHERES EM PRISÃO. **Mulheres em prisão**. Disponível em <http://mulheresemprisao.org.br/>, acessado em 15 jan 2023.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. 3ed.Trad. Marta Avancini. Título original: *Mon Historie desfemmes*.São Paulo: Paz e Terra, 2021.

PERROT, Micheli. **Os excluídos da História**: Operários, mulheres e prisioneiros. São Paulo, Paz e Terra, 2006.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras. 1 ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth. **A mulher na sociedade de classes**.3 ed. São Paulo: Expressão Popular: 2013.

_____, Heleieth. **Gênero patriarcado violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SILVA, Jacilene Maria. **Feminismos na atualidade**: a formação da quarta onda. Recife: Independentlypublished, 2019, 64 p.

SOUZA, Jesse. **Ralé Brasileira**: quem é e como vive. Colaboradores: AndreGrillo ... [et. al] Belo Horizonte, Editora UFMG, 2009.

_____, Jesse. **Subcidadania Brasileira**: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

_____. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG, 2003.



ENTRE A LUTA E O ABANDONO: O LEGADO DA CULTURA PATRIARCAL NA SITUAÇÃO DE (IN)VISIBILIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS

BETWEEN THE STRUGGLE AND ABANDONMENT: THE LEGACY OF PATRIARCHAL CULTURE IN THE SITUATION OF (IN)VISIBILITY OF INCARCERATED WOMEN

VARELLA, Drauzio. **Prisionairas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VERONESE, Osmar; ANGELIN, Rosangela. **Ser Diferente é Normal e Constitucional:** sobre o Direito à Diferença no Brasil. RDP, Brasília, Volume 17, n. 93, 292-314, maio/jun, 2020.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos das mulheres**. 1 ed. Trad. e notas de Andreia Reis do Carmo. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 271.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan Instituto Carioca de Criminologia, 2015.

Enviado em: 01/06/2023

Aceito em: 15/10/2023



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Oton Fernandes Mesquita Junior¹

Resumo:

O trabalho demonstra que o Inquérito das Fake News (Inquérito 4.781/DF), aberto pela Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) e distribuído à relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, foi instaurado para investigar notícias fraudulentas, falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas e ameaças que atingiram a honorabilidade e a segurança do STF e de seus membros, mas que na realidade acabou se materializando em um poderoso instrumento jurídico com evidente inspiração na Teoria da Democracia Militante do jurista alemão Karl Loewenstein. Serviu, por sua vez, como um potente meio de dissuasão e contenção de movimentos e discursos antidemocráticos, forjados em meio à ascensão do populismo autoritário que caracterizou o governo Bolsonaro, transformando-se em escudo para exercício de autodefesa e autopreservação do STF, bem como para proteção do Estado Democrático de Direito. A metodologia da pesquisa desenvolvida é do tipo jurídico-dogmática e documental, calcada no método dedutivo, com utilização de intensa revisão de literatura. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

Palavras-chaves: Inquérito das Fake News; Populismo Autoritário; Bolsonarismo; Supremo Tribunal Federal; Democracia Militante

Abstract:

The work demonstrates that the Fake News Inquiry, opened by the Presidency of the Supreme Court and distributed to Minister Alexandre de Moraes, was established to investigate fraudulent news, false reports of crimes, slanderous denunciations and threats that affected the honor and safety of the Supreme Court and its members, but which actually ended up materializing in a powerful legal instrument with clear inspiration in the Theory of Militant Democracy by the German jurist Karl Loewenstein. It served, in turn, as a powerful means of dissuasion and containment of anti-democratic movements and speeches, forged amid the rise of authoritarian populism that characterized the Bolsonaro government, becoming a shield for the Supreme Court to exercise self-defense and self-preservation, as well as for the protection of the democratic rule of law. The research methodology developed is of the legal-dogmatic and documentary type, based on the deductive method, with the use of an intense literature review. The research is pure and qualitative in nature, with descriptive and exploratory purposes.

Keywords: Fake News Inquiry; Authoritarian Populism; Bolsonarism; Supreme Court; Militant Democracy

¹ Advogado, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduando em Ciência Política pelo IESP-UERJ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9784972854869509>; ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-1965-7563>; e-mail: oton.junior@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa estuda o Inquérito 4.871/DF, mais conhecido como Inquérito das Fake News, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) sob a perspectiva da Teoria da Democracia Militante de Karl Loewenstein. Na primeira seção do trabalho, analisam-se as circunstâncias que levaram o STF a instaurar o inquérito em março de 2019, no alvorecer do governo Bolsonaro. Defende-se que o inquérito serviu de instrumento jurídico para autodefesa do STF frente aos ataques de apoiadores do presidente Bolsonaro. Corroborando com essa ideia, destaca-se o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572 que referendou a constitucionalidade das investigações, conferindo validade à peça jurídica em formação e relacionou a peça investigativa diretamente com a Democracia Militante de Karl Loewenstein.

Na segunda etapa do trabalho, faz-se um breve resumo acerca da teoria da Democracia Militante do jurista alemão Karl Loewenstein, explicando o contexto histórico no qual desenvolveu sua teoria. Em seguida, a pesquisa defende o uso da democracia militante como ponto de partida para elaboração de novos instrumentos capazes de proteger a democracia brasileira contra as investidas de seus novos inimigos, os populistas autoritários. A pesquisa apresenta as características desses populistas autoritários e quais instrumentos recorrem para permanecerem indefinidamente no poder.

Não é possível compreender a real necessidade da instauração do Inquérito das Fake News sem antes entender o contexto político brasileiro durante o governo Bolsonaro (2019-2022). A pesquisa parte da premissa de que, nesse período, o Brasil foi governado por um populista autoritário que não se conformava aos freios e contrapesos previstos na Constituição, tampouco respeitava a independência e a harmonia entre os Poderes quando tentou rivalizar diretamente com o STF, impedindo-lhe de executar sua tarefa de guardião da Constituição. O estudo apresenta evidências de que o populismo autoritário, onde se instalou com mais vigor, utilizou-se de instrumentos democráticos para tentar capturar o Tribunal Constitucional e, dessa forma, manter-se no poder, solapando instituições democráticas.

O inquérito se explica também em função da profunda intolerância política, especialmente nas redes sociais, incentivada pelo comportamento de Bolsonaro e seus



seguidores. Para analisar melhor esse fenômeno, a investigação propõe o estudo do Paradoxo da Tolerância de Karl Popper, assim como a abordagem da tolerância na obra de John Rawls. O aumento da intolerância política, expresso em discursos de ódio e na propagação de *fake news* em escala industrial, sobretudo contra o processo eleitoral e o STF, deve ser visto como ponto central para a formação de um instrumento jurídico de defesa da Suprema Corte.

Ao fim, a pesquisa conclui que o Supremo Tribunal Federal desempenhou um papel fundamental para a manutenção do regime democrático e que o Inquérito 4.781 foi o instrumento jurídico capaz de conter os avanços antidemocráticos que visavam desestabilizar o STF e colocar em xeque a democracia brasileira.

2. O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

O Supremo Tribunal Federal vem cumprindo um papel fundamental na defesa da democracia, sobretudo nos últimos quatro anos (2019-2022), que coincidiram com o mandato do presidente Bolsonaro. Para além da força da Constituição Federal, o STF contou com um potente instrumento de dissuasão antidemocrática, que serviu como escudo para exercício de sua autodefesa e proteção do Estado Democrático de Direito: o Inquérito 4.781/DF, o famoso Inquérito das Fake News. Pode-se afirmar que o referido inquérito é a materialização do que o jurista alemão Karl Loewenstein (1937) convencionou chamar de “Democracia Militante”. Aberto em 14/03/2019, por força da Portaria GP nº 69, da lavra do então Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, o mencionado inquérito se encontra atualmente em andamento e sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Não obstante às diversas controvérsias jurídicas acerca da constitucionalidade do Inquérito 4.781/DF e às severas críticas de juristas, o inquérito foi referendado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572/DF (BRASIL, 2020), sob relatoria do Ministro Edson Fachin, pela acachapante maioria dos membros da corte, ficando vencido apenas o então Ministro Marco Aurélio Mello, que votou pelo provimento da ADPF. Em apertada síntese, o partido Rede Sustentabilidade ingressou com a ADPF nº 572/DF questionando a constitucionalidade da Portaria GP nº 69 do STF que instaurou o Inquérito

4.781/DF, com fundamento no art. 43² do Regimento Interno do STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020), bem como suscitou violação ao princípio do juiz natural, ausência de justa causa e que o sigilo sobre o inquérito ofenderia o direito dos investigados, em conflito com a Súmula Vinculante nº 14³ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009) do STF, impedindo que os acusados tomassem conhecimento das acusações sobre as quais são investigados.

O Ministro Edson Fachin destacou em seu voto, especificamente no capítulo da “Proteção do Estado de Direito Democrático e dos Poderes instituídos”, que é do Poder Judiciário a tarefa de defender a Constituição e a democracia e que não serão tolerados discursos que venham a reclamar o fechamento do Congresso, do STF, a incitar a ruptura democrática e, nesse caso, o relator fez alusão direta à teoria da Democracia Militante de Karl Loewenstein:

Nenhuma disposição do texto Constitucional pode ser interpretada ou praticada no sentido de permitir a grupos ou pessoas suprimirem o gozo e o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Nenhuma disposição pode ser interpretada ou praticada no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo. **Essa ordem de ideias ecoa o que Karl Loewenstein chamava de democracia militante (*streitbare Demokratie*)**, mas, ao invés de simplesmente abolir grupo ou partidos, como às vezes é lida a tese do constitucionalista alemão, elas restringem sua aplicação aos atos que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição, invocando-os a pretexto de ideologia política, visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos.

[...]

O sentido da decisão é inequívoco. Não há ordem democrática sem o respeito às decisões judiciais. Não há direito que possa justificar o descumprimento de uma decisão judicial da última instância do Poder Judiciário. Afinal, é o Poder Judiciário o órgão responsável por afastar, mesmo contra maiorias constitucionais, quaisquer medidas que suprimam os direitos assegurados na Constituição. São inadmissíveis no Estado de Direito democrático, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal. Não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos. Quem quer que os pratique precisa saber que enfrentará a justiça constitucional. Quem quer que os pratique precisa saber que o Supremo Tribunal Federal não os tolerará. (BRASIL, 2020, p. 51-52, grifos nossos)

Destaca-se um outro trecho do Acórdão da ADPF nº 572/DF, agora do voto da Ministra

² Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. § 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

³ Súmula nº14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Cármem Lúcia, que, em síntese, afirma que a Constituição não pode ser morta por tiranos e que a democracia não pode ficar à mercê de autoritários. Prossegue dizendo que a democracia é inteligente e que o direito é sábio para produzirem em conjunto um remédio constitucional capaz de manter hígida e saudável a democracia brasileira. Afirma que o Inquérito nº 4.781/DF é um instrumento a serviço da proteção da democracia, da independência do juiz e da separação dos Poderes:

Nesse sentido portanto, quando, como autodefesa democrática, pela utilização de instrumentos legítimos, dos princípios e das regras que são adotadas, um dos quais é o da separação e harmonia entre os Poderes, se formula a proposta ou, neste caso, a imposição de uma ferramenta, de um instrumento que garante com que um dos Poderes, neste caso, foi o Poder Judiciário, não possa ser, de alguma forma, comprometido pela ação de uns poucos, por ações, portanto, antijurídicas, inconstitucionais e antidemocráticas. O próprio sistema cuida de estabelecer esses instrumentos. **E essa investigação, ou este inquérito, é exatamente um desses instrumentos que garante a independência do juiz, o princípio da separação de Poderes e, principalmente, a eficácia da atuação de cada qual dos Poderes.** (BRASIL, 2020, p. 225, grifos nossos)

Na visão de Oscar Vilhena Vieira e Ademar Borges (2023), o Brasil é um caso de sucesso na combativa defesa judicial da democracia, e sustentam que:

A democracia brasileira sobreviveu ao mais intenso teste de resiliência a que foi submetida, desde o fim do regime militar. A eleição em 2018 de um populista de extrema direita para ocupar a Presidência da República, hostil ao projeto constitucional de 1988, com amplo apoio dos setores mais conservadores da população, de grupos manifestamente autoritários, bem como de largos contingentes das classes armadas, colocou o regime democrático brasileiro sob enorme pressão (VIEIRA; BORGES, 2023, *online*).

Diante da gravidade e dos riscos de ruptura institucional vistos no cenário brasileiro sob a liderança de Bolsonaro, a abertura do Inquérito das Fake News pelo STF foi uma decisão paradigmática, proativa na defesa da democracia, bastante útil para moderar o ciclo autoritário, e tomada, sobretudo, em função da inércia da Procuradoria Geral da República em investigar as investidas autoritárias contra a Suprema Corte (VIEIRA; BORGES, 2023).

O Inquérito das Fake News, não obstante se reconheça a imperiosa necessidade de atendimento aos princípios constitucionais na formação e na condução das investigações produzidas, não deve ser analisado estritamente à luz dos princípios e das garantias penais constitucionais. Não se nega seu caráter heterodoxo, todavia sua existência no mundo jurídico



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

deve levar em consideração sua importância para além de debates na esfera criminal, ou seja, a discussão transcende a dúvida se tal inquérito encontra respaldo no modelo acusatório ou se seria uma anomalia ressuscitada do já ultrapassado sistema inquisitorial.

Outro aspecto relevante para a compreensão da gênese do Inquérito das Fake News foi a omissão ou a inércia deliberada por parte da Procuradoria Geral da República (PGR) que deixou de abrir investigações contra aqueles que ameaçavam membros da Suprema Corte. O próprio Ministro Gilmar Mendes se insurgiu contra esse fato em seu voto na ADPF 572 (BRASIL, 2022 p. 281), quando afirmou que a PGR não tomou as providências cabíveis em diversas outras situações que fragilizaram a segurança dos membros do STF (VALENTE, 2020b).

Apesar da missão constitucional de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁴, verificou-se, na prática, que a PGR não foi capaz de abrir inquéritos e de promover investigações que coibissem as constantes ameaças contra os Ministros do STF, sendo ponto decisivo para que a própria corte resolvesse abrir o Inquérito 4.781/DF e proceder com as diligências investigatórias à revelia momentânea da PGR. A Procuradoria Geral da República, ainda sob a gestão de Raquel Dodge, chegou a pedir o arquivamento do procedimento no seu nascedouro (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2019), sem sucesso. Depois, já na gestão de Augusto Aras, a PGR pediu a suspensão do inquérito enquanto se julgava o mérito da ADPF 572 (VALENTE, 2020a), o que também foi rejeitado pelo STF.

Para seus críticos, o Inquérito das Fake News, ou “Inquérito do Fim do Mundo”, como preferem seus contendores, é visto com uma “aberração jurídico-persecutória de fazer corar os ditadores mais autoritários da história mundial” (GRILO, 2020, p. 37). Ludmila Lins Grilo (2020) levantou oito hipóteses que demonstrariam a inconstitucionalidade do procedimento investigatório. Entre os pontos suscitados pela autora, esta afirma que o inquérito viola: (i) o

⁴ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

chamado sistema acusatório, ao concentrar várias funções processuais em uma única pessoa; (ii) o direito de os advogados terem acesso aos autos; (iii) a titularidade do Ministério Público para a condução da investigação e para promover o arquivamento dos autos; (iv) presta-se, na prática, exclusivamente à perseguição de críticos; (v) os termos do próprio Regimento Interno do STF; (vi) o inquérito não traz qualquer fato definido a ser apurado; (vii) viola o devido processo legal ao investigar pessoas sem prerrogativa de foro no STF; (viii) cria um tribunal de exceção no Brasil.

Todos os pontos levantados pela jurista foram devidamente enfrentados pelo STF no julgamento da ADPF 572, conforme entendimento do relator e acompanhado pela maioria de seus pares. No tocante à suposta violação ao sistema acusatório, e sobre a titularidade do MP no comando das investigações, o Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2020, p. 28) entendeu que o MP é sim titular da ação penal pública, no entanto, não tem a exclusividade na fase de investigação, ficando esta ao cabo da Polícia Judiciária, no caso específico a Polícia Federal. Na avaliação de Eduardo Rêgo e Gustavo de Oliveira (2023, p. 329), corroborando com o entendimento do relator, “levar a ferro e fogo a competência do Ministério Público para instauração e tramitação de um inquérito dessa natureza praticamente equivaleria a consagrar a impunidade e a acentuar o risco de comprometer a democracia [...]”.

Quanto ao questionamento do inquérito ter sido aberto por portaria emanada da presidência do STF com base em seu regimento interno, o que em tese violaria a iniciativa do MP, e não teria objeto definido, o relator reforça a necessária atuação do STF na preservação da supremacia da Constituição, e da independência do Poder Judiciário, ante a inequívoca ausência da atuação dos órgãos de controle, expondo o STF e o Estado de Direito à lesão ou perigo de lesão (BRASIL, 2020, p. 56). Em relação à violação ao princípio do juiz natural, o relator sustenta que, nos feitos penais de competência originária, o STF tem o papel de supervisão judicial durante a fase inquisitória (BRASIL, 2020, p. 68).

O relator Edson Fachin conclui seu voto com a seguinte passagem:

No juízo de delibação inicial que compreende a instauração do inquérito, penso que o seu objeto deve-se limitar a manifestações que denotam risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça a seus membros e, assim, risco



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

aos Poderes instituídos, ao Estado de Direito e à democracia. Atentar contra um dos Poderes, incitando o seu fechamento, a morte, a prisão de seus membros, a desobediência a seus atos, o vazamento de informações sigilosas não são, enfim, manifestações protegidas pela liberdade de expressão. **Não há direito no abuso de direito. O antídoto à intolerância é a legalidade democrática.** É preciso precaver-se para que a dose do remédio não o torne um veneno. O dissenso é inerente à democracia. O dissenso intolerável é justamente aquele que visa a impor com violência o consenso (BRASIL, 2020, p. 75 grifos nossos).

Por fim, é bom destacar que compete privativamente ao Ministério Público, como titular da ação penal pública, o oferecimento ou não da denúncia após a conclusão do inquérito. Portanto, ainda que existam aqueles que criticam o referido inquérito pela ausência do *parquet* na condução das diligências investigativas e fiscal da ordem jurídica, ao fim e ao cabo, só redundará em ação penal, se, e somente se, for oferecida a denúncia pelo órgão ministerial e em seguida recebida pelo STF (STRECK; OLIVEIRA; SILVA, 2020). Portanto, o Tribunal entendeu que o inquérito não violava os princípios e as garantias constitucionais dos investigados, pois todos eles têm acesso garantido aos autos do inquérito, não obstante o segredo de justiça, tampouco violava o princípio do juiz natural ou invadia as competências do Ministério Público.

Não obstante existam de fato alguns bons argumentos que indicariam, em tese, sua ilegalidade, os críticos deixam de enfrentar o ponto central do Inquérito 4.781/DF: é que ele foi erigido como instrumento de autodefesa da democracia sob a autoridade do Supremo Tribunal Federal, para preservação de sua independência e a prevalência da Constituição. O STF estava sob severo ataque e precisava de alguma forma reagir às constantes investidas e manifestações de ódio proferidas nas redes sociais contra seus ministros e à própria instituição, um dos pilares fundamentais da ordem democrática e guardião da Constituição. Os ataques promovidos por Bolsonaro e seus apoiadores contra o STF configuram nítida burla aos limites da liberdade de expressão e atentam contra a harmonia entre os poderes (OLIVEIRA; RÊGO, 2023).

A democracia precisa se defender e, para tanto, conta com a atuação permanente das instituições. Quando, inadvertidamente uma dessas instituições se omite ou deixa de cumprir com seu papel constitucional, como foi o caso da PGR, o STF se vendo em risco, decidiu reagir, e o fez instaurando um inquérito que permitiu investigar seus detratores e inimigos do Estado



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Democrático de Direito (VIEIRA, 2023). Levitsky e Ziblatt (2018) afirmam que as instituições democráticas isoladamente não são o bastante para conter autocratas eleitos e que as constituições precisam ser defendidas por partidos políticos, pela sociedade civil organizada e por normas democráticas. Aqueles que criticam o inquérito sob aspecto puramente penal não conseguiram enxergar que a peça investigatória é também um instrumento poderoso em defesa da independência entres os Poderes e do sistema democrático.

Bobbio (2019) afirma que o Estado Liberal é o pressuposto histórico e jurídico do Estado Democrático e são interdependentes entre si. Afirma que são necessárias certas liberdades para garantir a existência do poder democrático, assim como é necessário que a democracia garanta a existência e a persistência das liberdades fundamentais, em resumo, Bobbio arremata:

[...] é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos (BOBBIO, 2019, p. 37/38)

A democracia é pressuposto de existência dos princípios e direitos fundamentais, ou seja, sem ela não haveria como garantir-lhes a aplicação e a efetividade, de nada adiantaria invalidar o inquérito se redundasse posteriormente em retrocesso democrático, pois quem limitaria o arbítrio a partir de então? Sem as investigações conduzidas pelo referido Inquérito das Fake News desde 2019, não seria possível identificar líderes e financiadores de movimentos antidemocráticos que se tornaram corriqueiros na paisagem brasileira nos últimos quatro anos, e que culminaram na invasão e na depredação dos palácios sedes dos Três Poderes no fatídico 08 de janeiro de 2023. O que seria da Suprema Corte se tivesse sucumbido às investidas patrocinadas pelo então presidente Jair Bolsonaro e seus seguidores? Aparentemente, é uma pergunta difícil de responder, pois exigiria do intérprete um exercício de previsão do futuro, no entanto, analisando outros países que sucumbiram aos populistas autoritários, como Hungria, Polônia, Turquia e Venezuela, talvez não seja tão difícil de imaginar o que aconteceria aqui, caso o STF não tivesse reagido de forma contundente, inspirado pela doutrina da democracia militante.

Um dos artifícios mais utilizados por populistas autoritários é o empacotamento do

Tribunal Constitucional (*court packing*) (LANDAU, 2013; PAPPAS, 2019; SCHEPPELE, 2018; TÓTH, 2023), pois é justamente o tribunal quem poderia resistir às investidas autoritárias e rejeitar alterações constitucionais tidas por inconstitucionais e tendentes a abolir princípios e garantias caros à democracia. Nesses modelos de regimes autoritários de hoje, ou “simulações de democracia”, na concepção de Tóth, as instituições do judiciário não são abolidas, mas neutralizadas através de meios aparentemente democráticos que acabam modificando a competência, a independência institucional e financeira das cortes (TÓTH, 2023).

Uma vez capturada a corte constitucional, tal qual ocorreu na Hungria, Polônia, Turquia e Venezuela, toda e qualquer alteração constitucional poderia ser aprovada sem maiores problemas, produzindo restrições ou até mesmo a extinção de direitos e garantias fundamentais até então resguardados pela constituição, com sérias consequências para as forças de oposição, pois poderia redundar em possível alteração nas regras eleitorais e, por conseguinte, provável impossibilidade de alternância de poder (MESQUITA JUNIOR, 2023).

Populistas, sobretudo aqueles com viés autoritário, quando ganham eleições, uma vez no poder, frequentemente investem contra as instituições democráticas (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Eles entenderam que a forma mais fácil de obter sucesso na aprovação de alterações constitucionais, com intuito de permanecer no poder, é capturando a Corte Constitucional do país, dispensando-se o uso da força e dos tanques. Ainda sobre políticos com tendências a autocratas, Levitsky e Ziblatt afirmam que:

É assim que os autocratas eleitos subvertem a democracia - aparelhando tribunais e outras agências neutras e usando-os como armas, comprando a mídia e o setor privado (ou intimidando-os para que se cale) e reescrevendo as regras da política para mudar o mando de campo e virar o jogo contra os oponentes. O paradoxo trágico da via eleitoral para o autoritarismo é que os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia - gradual, sutil e mesmo legalmente - para matá-la (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.19).

Para interferirem diretamente nos Tribunais Constitucionais, podem aumentar a composição de seus membros de forma a garantir uma maioria no plenário da corte, ou alterar a idade para aposentadoria compulsória de seus integrantes, de forma a abrir espaço na corte para seus simpatizantes. Não custa recordar que a deputada bolsonarista Bia Kicis subscreveu uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 159/19) que reduz novamente para 70 anos a

idade para aposentadoria de juízes da Suprema Corte e demais tribunais superiores (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019). Se Bolsonaro tivesse sido reeleito, apoiado na maioria obtida para as casas do congresso nas eleições de 2022, os parlamentares bolsonaristas poderiam colocar em pauta essas alterações e de fato modificar a composição do STF, abrindo espaço para nomeação de juristas próximos do Bolsonarismo, colocando em risco a Constituição e, na pior das hipóteses, o próprio regime democrático.

O Estado populista se torna autoritário sob a fundamentação de que quer executar a verdadeira vontade do povo. Embora populistas se utilizem do vocabulário democrático, como soberania popular, representação popular e vontade popular, a ideologia por trás de todo esse discurso em seu cerne é antidemocrática (VOßKUHLE, 2020). Os intolerantes se utilizam de instrumentos liberais democráticos protegidos pela Constituição específicos, como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e imunidade parlamentar para amordaçar a democracia e sufocá-la até a morte (MESQUITA JUNIOR, 2023).

Adam Przeworski (2020) diz que o fantasma que nos assombra hoje é a deterioração imperceptível das instituições e das normas democráticas, a que chamou de “subversão sub-reptícia” (*subversion by stealth*), ou seja, a forma que governos se utilizam de mecanismos aparentemente legais para fins antidemocráticos. Segundo o autor, a sub-repção é um processo pelo qual o governo toma medidas não manifestamente inconstitucionais ou antidemocráticas, imperceptíveis aos olhos dos cidadãos, que não percebem suas verdadeiras intenções, mas que destroem aos poucos a capacidade da oposição de retirar o líder subversivo do poder. Finaliza afirmando que o efeito da sub-repção é obscurecer os riscos a longo prazo e, caso nada seja feito tempestivamente, pode ser tarde demais para impedir que medidas ilegais permitam seu entrenchamento no cargo.

Nesses países já citados, verificou-se que suas Cortes Constitucionais foram cooptadas e capitularam, passando a avalizar medidas iliberais de seus governantes. Essa fórmula foi utilizada com bastante êxito na Hungria de Órban, que ainda restringiu a jurisdição do tribunal sobre determinadas matérias (LANDAU, 2013; SCHEPPELE, 2018). Portanto, qualquer análise que deixe de contemplar o cenário global, especialmente tendo estudos consistentes que mostram que importantes nações, antes democráticas, sucumbiram ao populismo autoritário,

não joga luz suficiente sobre os últimos quatro anos de governo Bolsonaro.

3. A DEMOCRACIA MILITANTE: DE KARL LOEWENSTEIN AOS DIAS ATUAIS

Karl Loewenstein (1937), analisando a ascensão de regimes autoritários na Europa durante a terceira década do século XX, especialmente os regimes fascista da Itália, nazista da Alemanha e também o stalinista da União Soviética, verificou que a democracia e a tolerância democrática estavam sendo usadas para sua própria destruição, ou seja, sob a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, máquinas antidemocráticas poderiam ser construídas para tomar o lugar das democracias. Chega a afirmar que o sistema democrático é uma espécie de Cavalo de Tróia, que traz consigo seus próprios inimigos, e arremata com a seguinte reflexão:

Eles [fascistas] exploram a confiança tolerante da ideologia democrática de que, a longo prazo, a verdade é mais forte que a falsidade, de que o espírito se afirma contra a força. A democracia foi incapaz de proibir aos inimigos de sua própria existência o uso de instrumentos democráticos. Até muito recentemente, o fundamentalismo democrático e a cegueira legalista não estavam dispostos a perceber que o mecanismo da democracia é o cavalo de Tróia pelo qual o inimigo entra na cidade. Ao fascismo disfarçado de partido político legalmente reconhecido foram concedidas todas as oportunidades das instituições democráticas. O princípio fundamental da democracia é a noção de legalidade. O fascismo, portanto, anexou oficialmente a legalidade.

[...]

As democracias são legalmente obrigadas a permitir o surgimento e ascensão de partidos antiparlamentares e antidemocráticos, sob a condição de que se conformem externamente com os princípios da legalidade e do livre jogo da opinião pública. É o exagerado formalismo do Estado de Direito que, sob o encanto da igualdade formal, não vê por bem excluir do jogo os partidos que negam a própria existência de suas regras (KARL LOEWENSTEIN, 1937, p. 427).

Karl Loewenstein (1937a) vai sustentar que a democracia militante nasce da vontade da autoproteção e da autopreservação e que depende de uma ação conjunta da política com o legislativo, por outro lado, a união política sozinha, sem a legislação técnica, não conseguiria atingir seu objetivo. Prossegue argumentando que as constituições são dinâmicas na medida em que permitem mudanças pacíficas por meio de métodos regulares, mas devem ser endurecidas quando confrontadas por movimentos que pretendam destruí-las. Nos casos em que os direitos fundamentais estão institucionalizados, justifica-se a sua suspensão temporária (LOEWENSTEIN, 1937a).

Loewenstein (1937a) aduz que demorou muito tempo até que os democratas percebessem que o principal obstáculo à defesa contra o fascismo era o próprio fundamentalismo democrático, ou seja, a insistência em conferir aos extremistas direitos e garantias fundamentais permitia o avanço dos regimes fascistas. A autocomplacência legalista e a letargia suicida deram lugar a medidas capazes de paulatinamente enfrentar o fascismo, através de um elaborado corpo de leis antifascistas, justamente onde o fascismo não avançou contra regimes democráticos, Loewenstein atribui esse feito ao fato de a democracia ter se tornado enfim militante, e arremata com a seguinte colocação:

Mais uma vez, a democracia está em guerra, embora seja uma guerra clandestina na frente interna. Os escrúpulos constitucionais não podem mais restringir as restrições aos fundamentos democráticos, a fim de, em última análise, preservar esses mesmos fundamentos. A ordem liberal-democrática conta com tempos normais. A garantia dos direitos individuais e coletivos serve de base jurídica para o compromisso entre interesses que, certamente, podem entrar em conflito, mas que, no entanto, são animados por uma lealdade comum aos fundamentos do governo. [...] O fascismo declarou guerra à democracia. [...] Se a democracia acredita na superioridade de seus valores absolutos sobre os chavões oportunistas do fascismo, ela deve estar à altura das exigências do momento, e todo esforço possível deve ser feito para resgatá-la, mesmo com o risco e custo de violar princípios fundamentais. (LOEWENSTEIN, 1937, p. 432, tradução nossa).

Loewenstein (1937b) aponta que uma das questões mais delicadas para os Estados democráticos daquele período histórico da ascensão dos fascismos europeus foi justamente à restrição aos direitos fundamentais, ou seja, o cerceamento das liberdades de opinião, expressão e imprensa. O jurista alemão afirma que não era difícil aos regimes democráticos da época debelarem sedições armadas, no entanto, complicado mesmo era conter o vasto arsenal fascista que se propunha a caluniar, difamar e menosprezar os estados democráticos, suas instituições e autoridades públicas.

Samuel Issacharoff (2015) recorda que, durante a ascensão do fascismo na Europa entre 1915 e 1935, os processos democráticos não apenas foram incapazes de resistir ao ataque antidemocrático, na verdade, facilitaram sua ascensão. Relembra que a aquisição final do poder por Hitler ocorreu dentro dos limites dos processos democráticos. A capacidade do extremismo de encontrar seu caminho nas fendas protetoras de uma ordem democrática liberal requer defesas antecipadas para resistir à captura por forças antidemocráticas. Issacharoff chama atenção para extremistas quando eleitos usam de suas prerrogativas e imunidades para continuar



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

os ataques contra a democracia e depois se colocam como sucessores da democracia falida.

Franz Neumann (1933, p. 540) vai afirmar que “a democracia alemã cometeu suicídio e foi assassinada ao mesmo tempo. Uma democracia sem democratas chegou ao fim com a nomeação de Hitler como chanceler em 3 de janeiro de 1933”. Nessa mesma linha, Andreas Voßkuhle (2020) destaca que a República de Weimar não careceu de uma boa constituição, mas sim de bons democratas. Reforça que a efetividade e o significado de uma boa constituição dependem diretamente dos tribunais constitucionais, responsáveis pela interpretação e implementação de suas normas. Alerta para a perda de poder e da humilhação de tribunais constitucionais na Polônia, Hungria e Turquia e que isso deveria servir de aviso e ser motivo de inquietude, pois o argumento central dos populismos é que as cortes constitucionais contrariam decisões da maioria parlamentar.

Em texto publicado antes das eleições de 2018, Daniel Sarmento e João G. M. Pontes (2018) já defendiam a impugnação da candidatura de Bolsonaro com fundamento na teoria da Democracia Militante. Naquela oportunidade, entendiam que o então candidato representava um risco iminente para a democracia brasileira, pois sempre defendeu a tortura, o fuzilamento de adversários, as pautas racistas e homofóbicas, além de ostentar, na visão dos autores, uma candidatura claramente fascista. Os autores consideravam um perigoso flerte com o abismo constitucional. Sustentam ao longo do texto que o art. 17 da Constituição Federal oferece uma regra com evidente conteúdo inspirado na teoria da democracia militante, pois tem como objetivo evitar que o processo eleitoral possa levar à destruição da própria democracia. Se a ideia já era pertinente naquele momento, que dirá agora, passados quatro anos de governo Bolsonaro. Sarmento e Pontes defendem que manifestações e discursos de ódio não devem ser protegidas pela Constituição pelas razões a seguir:

A lógica que anima a democracia militante é bastante similar ao raciocínio sobre o qual se funda a vedação ao *hate speech*. Em praticamente todos os ordenamentos jurídicos de países democráticos, entende-se que as manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra minorias vulneráveis, motivadas por preconceitos ligados a fatores como etnia, religião, gênero, nacionalidade, deficiência e orientação sexual, não devem ser constitucionalmente protegidas. A premissa é a de que esse tipo de discurso, além de não contribuir para o debate social, viola gravemente os direitos fundamentais de indivíduos e grupos estigmatizados. Dessa forma, é necessário que



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

se restrinja a liberdade de expressão para resguardar direitos constitucionais das vítimas, como a dignidade humana e a igualdade (SARMENTO; PONTES, 2018, *online*)

À semelhança do que ocorreu na época em que Loewenstein escreveu seus dois artigos seminais, o Brasil vivenciou, durante o período Bolsonaro, uma intensa escalada autoritária, com agressões verbais e até mesmo simbólicas e uma profusão de discursos de ódio proferidos contra alguns membros do parlamento brasileiro, mas sobretudo contra o Supremo Tribunal Federal e seus juízes, ataques coordenados e contundentes, especialmente vindos do submundo das redes sociais (MESQUITA JUNIOR, 2023). A democracia militante voltou aos debates políticos e jurídicos com força, sobretudo após a ascensão de políticos e de partidos populistas com viés autoritário, como foi o caso do Brasil de Bolsonaro. A democracia militante está alicerçada na premissa de que, quando regimes democráticos são confrontados com ataques que ameacem sua própria existência, é legítimo que se defendam utilizando ferramentas capazes de debelar o risco de ruptura, medidas restritivas aos direitos fundamentais de grupos ou indivíduos, potentes o suficientes para dissuadir movimentos extremistas e antidemocráticos (VIEIRA, 2023).

Embora a teoria de Loewenstein (1937) esteja inserida no contexto histórico entreguerras na Europa do século XX e se destinasse precipuamente a restringir mais diretamente a atuação de partidos políticos antidemocráticos, ainda assim é muito útil seu estudo atualmente. É perfeitamente possível retirar de suas ideias elementos que ajudem a construir ou adaptar ferramentas existentes hoje capazes de combater os atuais inimigos da democracia brasileira e conter o avanço de políticos, empresários e defensores da intervenção militar que insistem em erodir o sistema democrático e fazer o país retroceder em relação às conquistas alcançadas pela Constituição de 1988.

Com isso, não se propõe resgatar as ideias de Loewenstein tais quais foram concebidas e aplicá-las indistintamente nos dias atuais. É preciso reconhecer as diferenças de cada época para não incorrer em anacronismos. Na época de Loewenstein, os inimigos da democracia eram os fascistas, nazistas e comunistas que buscavam a abolição total da democracia e a implantação de regimes totalitários com base na violência e na força. Hoje, os inimigos da democracia são



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

os populistas autoritários, em sua maioria adeptos de correntes de extrema direita, mas não apenas, que buscam se manter no poder por meio de modificações constitucionais, legais ou infralegais, todavia sem comprometer ou destruir por completo o sistema democrático, pois precisam dele para se legitimarem perante o povo através de eleições (LANDAU, 2013; SCHEPPELE, 2018; VIEIRA et al., 2023).

Atualmente, Jan-Werner Müller (2016) defende o uso de uma democracia militante branda (*soft militant democracy*) em contraposição ao banimento total de partidos e políticos antidemocráticos. Na prática, o cientista político alemão sustenta que devem ser aplicadas medidas que limitem ou dificultem a participação política de extremistas, todavia sem alijá-los completamente do processo político.

Nesse contexto, apresenta algumas medidas de democracia militante que entende brandas: a cassação de registro para concorrer em eleições (sem cancelar o registro do partido), corte ou redução de financiamento partidário sem retirar o partido da eleição, e redução de tempo destinado à propaganda política por radiodifusão. Com essas e outras medidas tidas por suaves, o autor entende que conseguiria, pelo menos em tese, afastar os extremistas e eliminar os riscos antidemocráticos, tornando os partidos mais moderados para permanecerem, ou participarem plenamente do jogo político (MÜLLER, 2016).

Aduz que existe um consenso de que o uso da democracia militante é perfeitamente legítimo, mas que deve ser aplicada por instituições imparciais, especialmente tribunais. Aponta que a escolha de tribunais é mais que sensata, todavia ressalva o perigo de que Tribunais Constitucionais sucumbam à violência institucional promovida por políticos extremistas que comandem o parlamento ou o executivo (MÜLLER, 2016).

Segundo Giovanni Capoccia (2013), no direito constitucional comparado, os estudiosos concordam amplamente que as limitações aos direitos básicos de expressão e participação, decretados para salvaguardar a democracia, são compatíveis com o princípio da democracia constitucional liberal, e atribuem a ampla variação comparativa nas regras e instituições militantes a diferentes trajetórias históricas e seu impacto na cultura jurídica nacional. O autor



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

prossegue afirmando que a literatura recente de direito constitucional comparado sobre a democracia militante convergiu para o princípio de que as democracias têm o direito de se defender contra seus inimigos, mesmo na ausência de violência destinada a minar o estado democrático. Para atingir esse objetivo, os estados democráticos podem promulgar e aplicar regras formais que restrinjam a expressão e a participação, sujeitas à supervisão imparcial de sua aplicação (CAPOCCIA, 2013).

Loewenstein (1937a) concebia a defesa da democracia como tarefa da política conferida especialmente ao legislativo, todavia, aqui no Brasil, a Câmara dos Deputados, sob a presidência de Arthur Lira, formalizou um pacto de não agressão com Bolsonaro, este ficaria livre do impeachment, ao passo que aquele comandaria o que ficou conhecido como “Orçamento Secreto”, restando apenas o Senado e o STF para cumprirem a missão de defenderem a democracia ante as investidas regulares do bolsonarismo (VIEIRA, 2023).

Nesse sentido, é perceptível um maior protagonismo do STF como principal defensor do regime democrático brasileiro, responsável pela proteção do Estado Democrático de Direito através do exercício da autoproteção e da autopreservação, especialmente sob o abrigo do Inquérito 4.781, que, entre outras medidas, impediu a escalada da violência contra a Corte Constitucional, inibindo a ação coordenada dos inimigos da democracia, pois passaram a ser formalmente investigados por atos antidemocráticos.

Souza Neto (2020, p. 256) é enfático ao afirmar que “a defesa institucional do Estado Democrático de Direito é incumbência precípua do Supremo Tribunal Federal” e diz que, como tribunal constitucional, é necessariamente instância contramajoritária, com a tarefa de promover a defesa intransigente dos direitos das minorais pois a maioria pode muito, mas não pode tudo, devendo-se resguardar o pacto social que confere a todos os cidadãos direitos iguais. Ao Supremo Tribunal Federal cabe, no exercício de sua jurisdição constitucional, preservar pela incolumidade da própria democracia, resguardando as regras do jogo democrático e o sistema de direitos e garantias fundamentais.

Na visão de Barroso (2022), o Brasil tem sido um caso de sucesso no combate ao populismo extremista e autoritário, tendo o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Eleitoral cumprido um papel preponderante na defesa da democracia, mas destaca que tribunais não são capazes de fazer o trabalho sozinhos, e devem inclusive evitar de cair na armadilha de acharem que podem agir movidos por sentimentos políticos sem observar as diretrizes constitucionais.

Oscar Vilhena Vieira e Ademar Borges (2023) destacam a importância do papel militante do Supremo Tribunal na defesa da democracia, sendo decisivo para manutenção e para valorização da estrutura federativa do Estado brasileiro:

O papel militante do STF foi desempenhado em pelo menos três dimensões principais: na defesa do processo eleitoral, na proteção de direitos fundamentais relevantes para a garantia das condições de cooperação democrática e no reforço aos mecanismos institucionais de controle do poder executivo central. De fato, o STF esteve atento ao método incremental de ataque às urnas, às instituições e aos direitos fundamentais, desempenhando um papel fundamental na defesa da democracia brasileira ao realizar intenso controle sobre amplos conjuntos de práticas infralegais e informais de desmobilização das instituições democráticas, bem como não se furto ao confronto político institucional com as Forças Armadas no embate em torno da integridade das urnas eletrônicas (VIEIRA; BORGES, 2023, *online*).

Nesse sentido, é papel constitucional do STF a defesa intransigente da democracia como regime político, assim como das instituições democráticas de Estado que estejam sob ataque e sofram com tentativa de captura. A Suprema Corte, não obstante seja um órgão político, todavia fora do campo da política partidária (VIEIRA, 2023), deve coibir ações de agentes políticos tendenciosamente arbitrárias, especialmente daqueles sabidamente contrários à democracia, que se utilizam de suas franquias justamente para miná-la. Deve também, evitar ações provenientes de quaisquer dos Poderes, sobretudo aquelas que violem os direitos e garantias individuais, mas também que sejam potencialmente violadoras do princípio democrático, fundamento indissociável do Estado de Direito (MESQUITA JUNIOR; ALBUQUERQUE, 2020)

Nessa linha de raciocínio, não obstante a proteção das liberdades seja a regra em uma democracia liberal constitucional, se utilizadas para propagarem discurso com tendências extremistas, pugnando pelo fim da democracia, essas liberdades devem ser constrangidas momentaneamente, através de um processo judicial, respeitadas todas as garantias constitucionais dos envolvidos, especialmente o contraditório e a ampla defesa, para



preservação da democracia e do Estado de Direito, bens ainda maiores, que sustentam todo o arcabouço das liberdades constitucionais, até que cessem as ameaças reais à democracia. Não se pode transigir com intolerantes que desejam o fim da democracia.

4. A INTOLERÂNCIA NO BRASIL DE BOLSONARO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DE KARL POPPER E JOHN RAWLS

Os intolerantes têm se proliferado no Brasil como jamais visto desde a inauguração da Nova República. O caso mais emblemático ocorrido nesse período pesquisado, à guisa de exemplo, foi o vídeo gravado e publicado no Youtube pelo então deputado federal Daniel Silveira. No vídeo, o parlamentar viola frontalmente a honra e a dignidade de diversos ministros do STF, ameaçando, inclusive, de agredi-los fisicamente. Após a imensa repercussão do vídeo, o deputado foi preso preventivamente por ordem do Ministro Alexandre de Moraes do STF e teve sua prisão mantida e referendada por 364 de seus pares na Câmara dos Deputados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021).

Em sua defesa, Daniel Silveira alegou que estava amparado pela imunidade parlamentar, previsto no art. 53 da Constituição Federal, que lhe garantia inviolabilidade por quaisquer opiniões, palavras e votos. Contudo, como restou pacificado no STF e replicado à exaustão na fundamentação da decisão condenatória nos autos da Ação Penal 1.044/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022), a garantia constitucional da imunidade parlamentar somente incide no caso de manifestações que guardem conexão com o exercício da atividade parlamentar, não sendo possível ser usado como escudo para prática de delitos. Sendo assim, a imunidade parlamentar não se presta a esse papel de instalar o confronto aberto entre os Poderes, tampouco serve para destilar ódio, pregar a violência política e pedir a ruptura da ordem constitucional e o Estado de Direito.

Nesse diapasão, lembra-se do Paradoxo da Tolerância de Karl Popper, no qual afirma que em uma sociedade tolerante, que permite a livre expressão de ideias, incluindo ideias intolerantes, esta é mais vulnerável e suscetível a ser destruída por ideias intolerantes. Popper (2021) argumentava que, se a tolerância é ilimitada, ela pode eventualmente ser abusada por aqueles que buscam destruir a própria tolerância:



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Menos conhecido é o paradoxo da tolerância: a tolerância ilimitada deve levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada mesmo aos intolerantes, se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra o ataque dos intolerantes, então os tolerantes serão destruídos, e a tolerância com eles, por exemplo, que devemos sempre suprimir a expressão de filosofias intolerantes; contanto que possamos combatê-los por meio de argumentos racionais e mantê-los sob controle pela opinião pública, a supressão certamente seria muito imprudente. Mas devemos reivindicar o direito de suprimi-los, se necessário, mesmo pela força; pois pode facilmente acontecer que eles não estão preparados para nos encontrar no nível do argumento racional, mas começam denunciando todos os argumentos; eles podem proibir seus seguidores de ouvir argumentos racionais, porque são enganosos, e ensiná-los a responder argumentos usando seus punhos ou pistolas. **Devemos, portanto, reivindicar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar o intolerante. Devemos afirmar que qualquer movimento que prega a intolerância se coloca à margem da lei, e devemos considerar criminosos o incitamento à intolerância e à perseguição, da mesma forma que devemos considerar o incitamento ao assassinato, ao sequestro ou ao ressurgimento do tráfico de escravos, como criminoso.** (POPPER, 2021, p. 388/389, grifos nossos)

O princípio da tolerância é também uma ideia importante na teoria política de John Rawls (2016). Ele acreditava que a tolerância é uma condição necessária para a justiça e para a democracia. Argumentava que as sociedades democráticas devem tolerar a diversidade de opiniões e crenças, a fim de garantir que todos os indivíduos possam expressar livremente suas ideias e participar plenamente da vida política. Rawls também acreditava que a tolerância não deve ser ilimitada, pois há casos em que a tolerância de certas ideias ou comportamentos pode ser prejudicial à democracia e à justiça. Assim, o princípio da tolerância de Rawls é um equilíbrio entre o respeito à liberdade de expressão e o bem-estar da sociedade (RAWLS, 2016).

Rawls (2016), tratando da tolerância e o interesse comum, sustenta que o Estado pode restringir certas liberdades individuais, como no exemplo por ele citado da liberdade de consciência, desde que essa restrição se justifique na ordem e na segurança pública, ou seja, em defesa do princípio do interesse comum, é permitido ao Estado intervir nas liberdades individuais quando há uma expectativa razoável de que não agindo, se não fizer nada, pode resultar em prejuízo maior para a ordem pública. Como defende, “o único fundamento para negar as liberdades iguais é evitar uma injustiça ainda maior, uma perda ainda maior de liberdade” (RAWLS, 2016, p. 264)

Na mesma linha de raciocínio, só que agora tratando da intolerância para com os intolerantes, Rawls (2016) usa o exemplo de uma seita intolerante em meio a uma sociedade bem-ordenada, mas diz que se aplica a qualquer outro caso para além de intolerância religiosa.



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Rawls argumenta que não se deve extinguir a seita formada por intolerantes, todavia, os membros da sociedade devem limitar a liberdade dos intolerantes quando, com sinceridade e razão, isso for necessário para preservar a própria liberdade igual e segurança das instituições da liberdade.

Seguindo as premissas de Rawls (2016), é possível adequá-las para a realidade brasileira. O país testemunhou, nesses últimos quatro anos, ataques virulentos contra a Suprema Corte e a democracia em diversas ocasiões, muitas delas inclusive com participação direta do antigo mandatário, chefe do executivo federal. Sendo assim, se na visão de Rawls cabe restringir os direitos individuais de religiosos intolerantes que insistem em colocar em risco o sistema de proteção constitucional, com mais razão ainda, deve-se limitar os direitos individuais daqueles sujeitos que tentam se apropriar do Estado para impor sua visão de mundo em detrimento da segurança jurídicas dos demais.

No regular exercício de resistência democrática e autodefesa, o Supremo Tribunal Federal foi o anteparo que protegeu a ainda jovem e frágil democracia brasileira contra os arroubos autoritários de bolsonaristas que não se conformaram às regras do jogo democrático, do pluralismo de ideias e da defesa das minorias, que devem ser protegidas ante a insensatez de majorias de ocasião que não toleram as diferenças e o pluralismo de ideias. O Estado Democrático, o Estado Democrático de Direito ou simplesmente a democracia, todos sinônimos entre si, devem ser reconhecidos, portanto, como um princípio-contidente, do qual todos os demais princípios e direitos fundamentais são conteúdo, ao passo que estes se destinam a densificar ou tonificar ou conferir força normativa aos princípios (AYRES BRITTO, 2022).

Logo, somente em um regime democrático, é que se pode garantir e exigir a plena realização dos direitos fundamentais de uma determinada comunidade política, com respeito às diferenças e protegendo a diversidade e a pluralidade de ideias. Em qualquer outro cenário, ausente a democracia, a consecução de direitos fundamentais ficaria sujeito ao arbítrio do autocrata no poder.



5. CONCLUSÃO

Durante o mandato de Jair Bolsonaro, momento de profundo esgarçamento dos limites democráticos, o STF teve um papel fundamental na manutenção da ordem democrática e na defesa intransigente dos valores constitucionais encartados na Carta Política brasileira, pois soube utilizar de seu prestígio institucional, conquistado na esteira da redemocratização do país, para atrair para si a tarefa de proteger a democracia como valor imensurável à sociedade e como regime político fundamental na construção da ordem constitucional brasileira.

Soube impor, quando devidamente provocado, um freio às investidas autoritárias do chefe do executivo federal contra a Constituição e a soberania popular, com visível inspiração na doutrina da democracia militante de Karl Loewenstein. Para tanto, é bom salientar, que se utilizou das ferramentais jurídicas que tinha à sua disposição, cujo exemplo maior foi o Inquérito das Fake News e agiu estritamente dentro dos limites impostos pela Constituição, e, em momento algum, fraquejou ou exorbitou de suas atribuições ou usurpou as funções de outros poderes. Se não fosse a atuação ativa e corajosa do Supremo Tribunal Federal e de seus Ministros, possivelmente os danos à democracia teriam sido ainda maiores. O fato de não ter havido uma ruptura democrática, não obstante a clara tentativa ocorrida em 08 de janeiro de 2023, não significa que não houve arranhões profundos no tecido democrático.

Durante os quatro anos de Bolsonaro, a democracia se deparou com um inimigo implacável, um líder populista autoritário que momento algum se conformou aos freios e contrapesos previstos na Constituição e pelos limites impostos pelas instituições democráticas. O projeto de Bolsonaro era o de destruição do pacto político-democrático assentado na Constituição de 1988. Para o bem do Brasil, esse projeto foi interrompido por ação das instituições democráticas, especialmente do Supremo Tribunal Federal e pela derrota de Jair Bolsonaro nas eleições de 2022.

6. REFERÊNCIAS

AYRES BRITTO, Carlos. A constituição como a lei das leis e a democracia como o princípio dos princípios constitucionais: a civilizada trajetória que vai da democracia política à



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

democracia social e à democracia fraternal ou solidária. **Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre**. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <https://esjud.tjac.jus.br/periodicos/index.php/esjudtjac/article/view/43>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. XX, n. X, p. 1–34, 2022. DOI: 10.1590/21798966/2022/66178. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66178>.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 16 ed. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572. Arguente: Partido Rede Sustentabilidade. Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 18 de junho de 2020. **Dje**. n. 168. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. Relator: Sessão Plenária. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2009. **Dje**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2023

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara decide manter prisão do deputado Daniel Silveira: Foram 364 votos a favor e 130 votos contra. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, [S. l.], 19 fev. 2021. Política e Administração Pública, p. 1-3. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/729294-camara-decide-manter-prisao-do-deputado-daniel-silveira>. Acesso em: 16 ago. 2023

CAPOCCIA, Giovanni. Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation. **Annual Review of Law and Social Science**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 207–226, 2013. DOI: 10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134020. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134020>.

GRILO, Ludmila Lins. O inquérito do fim do mundo, a ruína das liberdades e a luta pelo direito. In: PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes (org.). **Inquérito do fim do mundo: o apagar das luzes do direito brasileiro**. Londrina: Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts**. New York: Cambridge University Press, 2015.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, [S. l.], v. 47, n. 1,



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

2013. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/articles/555>. Acesso em: 3 ago. 2022.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1 ed. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and Fundamental Rights I. **The American Political Science Review**, [S. l.], v. 31, n. 3, p. 417–432, 1937. a. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1948164>.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. **The American Political Science Review**, [S. l.], v. 31, n. 4, p. 638–658, 1937. b. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1948103>.

MESQUITA JUNIOR, Oton Fernandes. **Bolsonarismo: o populismo autoritário em conflito com a democracia liberal constitucional brasileira**. 2023. Universidade Federal do Ceará, [S. l.], 2023. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/72435>.

MESQUITA JUNIOR, Oton Fernandes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nem a paranoia, nem o autoritarismo poderão vencer a democracia brasileira. In: **Direito e Política: aspectos da democracia que funcionam**. Fortaleza: Kindle Direct Publishing, 2020. p. 436–479.

MÜLLER, Jan-Werner. Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy. **Annual Review of Political Science**, [S. l.], v. 19, n. 1, p. 249–265, 2016. DOI: 10.1146/annurev-polisci-043014-124054.

NEUMANN, Franz. The Decay Of German Democracy. **The Political Quarterly**, [S. l.], v. 4, n. 4, p. 525–543, 1933. DOI: 10.1111/J.1467-923X.1933.TB02302.X. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1467-923X.1933.tb02302.x>. Acesso em: 17 ago. 2023.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino De; RÊGO, Eduardo de Carvalho. Democracia defensiva no Supremo Tribunal Federal: o inquérito das fake news como estímulo para a construção de uma jurisprudência constitucional em defesa da democracia. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 318–335, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/201661>. Acesso em: 25 ago. 2023.

PAPPAS, Takis S. Populists in Power. **Journal of Democracy**, [S. l.], v. 30, n. 2, p. 70–84, 2019. DOI: 10.1353/jod.2019.0026. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/721647>.

PGR. Raquel Dodge arquiva inquérito aberto de ofício pelo Supremo Tribunal Federal: Decisão tem como base sistema penal acusatório e respeito ao devido processo legal. **Procuradoria Geral da República**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/raquel-dodge-arquiva-inquerito-aberto-de-oficio-pelo-supremo-tribunal-federal>.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e os seus inimigos**. vol. 1 ed. Lisboa: Edições 70, 2021.



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

PRZEWORSKI, Adam. **Crises de democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro. **JOTA**, [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018>.

SCHEPPELE, Kim. Autocratic Legalism. **University of Chicago Law Review**, [S. l.], v. 85, n. 2, 2018. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol85/iss2/2>. Acesso em: 20 dez. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira De. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Contracorrente - Eduerj, 2020.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni De; SILVA, Diogo Bacha e. Inquérito judicial do STF: o MP como parte ou “juiz das garantias”? **Consultor Jurídico - CONJUR**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/opiniao-inquerito-stf-mp-parte-ou-juiz-garantias>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno - Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020**. Brasília: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal (AP) nº 1.044. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Daniel Lúcio da Silveira. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 20 de abril de 2022. **Dje**. n. 119. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 21/06/2022 - ATA Nº 106/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351851209&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022

TÓTH, Gábor Attila. Marcos constitucionais do autoritarismo. **Revista Juridicidade Constitucional e Democracia**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 219–256, 2023. DOI: 10.59776/2965-3290.2023.4820. Disponível em: <https://periodicos.apps.uern.br/index.php/jcd/article/view/4820>.

VALENTE, Fernanda. PGR endossa pedido de suspensão de inquérito no STF contra fake news. **Consultor Jurídico - CONJUR**, [S. l.], 2020. a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-27/pgr-suspensao-inquerito-stf-fake-news>.

VALENTE, Fernanda. Gilmar Mendes critica inércia da PGR em ameaças a ministros do STF. **Consultor Jurídico - CONJUR**, [S. l.], 2020. b. Disponível em:



O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA: O STF E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE NA DEFESA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE FAKE NEWS INQUIRY AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC RESISTANCE: THE SUPREME COURT AND THE APPLICATION OF THE THEORY OF MILITANT DEMOCRACY IN THE DEFENSE OF BRAZILIAN DEMOCRACY

<https://www.conjur.com.br/2020-jun-17/gilmar-mendes-critica-inercia-pgr-ameacas-ministros-stf>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a defesa da democracia no Brasil. **Journal of Democracy em Português**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 7–55, 2023. Disponível em: <https://www.plataformademocratica.org/Arquivos/jun-23/o-stf-e-a-defesa-da-democracia-no-brasil.pdf>.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BORGES, Ademar. Democracia militante e a quadratura do círculo. **JOTA**, [S. l.], p. online, 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-quadratura-do-circulo-16022023>.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens; LAURA, Ana; BARBOSA, Pereira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. **Novos estudos CEBRAP**, [S. l.], v. 41, p. 591–605, 2023. DOI: 10.25091/501013300202200030008. Disponível em: <http://www.scielo.br/j/nec/a/MhZGQpCF7MTNfVF5BFsvrnv/>. Acesso em: 16 fev. 2023.

VOSSKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo**. Série IDP: ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Submetido em: 25/08/2023.

Aceito em: 13/09/2023.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

João Galdemir Pinheiro Santiago Filho¹
Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior²

RESUMO

Por meio deste trabalho, busca-se analisar o conceito de abuso do poder econômico à época da Constituição de 1946, objetivando esclarecer as relações entre a Constituição, o Estado social e o capitalismo, bem como conceituar abuso do poder econômico, além de destacar e explicar sua presença no texto constitucional de 1988. Além disso, compreende-se que este tema é dotado de notória relevância no cenário histórico em que o direito antitruste está inserido, esclarecendo o contexto social e político da época e a evolução das legislações que almejavam reprimir o abuso do poder econômico na sociedade. Esta pesquisa foi desenvolvida por meio de técnicas de pesquisa bibliográficas e documentais, utilizando fundamentos de grandes autores da área, produzindo, desta forma, uma conclusão concisa sobre o conceito destacado em relação à Constituição de 1946. Diante do exposto, concluiu-se que o tema Direito Concorrencial e Constituição estão intimamente ligados e a Carta de 1946 foi ponto fulcral para o desenvolvimento de uma legislação posterior que objetivasse reprimir o abuso do poder econômico, bem como proteger os princípios da ordem econômica brasileira, e que alcançou a Constituição de 1988.

Palavras-chave: constituição de 1946. abuso do poder econômico. direito concorrencial. constituição de 1988.

¹ Graduando em Direito no Centro Universitário Christus sede Parquelândia. Participante do Grupo de Estudos e Pesquisa “História do Constitucionalismo Brasileiro: Críticas Contemporâneas” no semestre 2023.1 e também do Programa de Iniciação à Docência (PID) na disciplina de Direito Constitucional II nos semestres 2023.2 e 2024.1. E-mail: joaodaarena11@gmail.com.

² Professor de Teoria do Direito, Teoria da Constituição e Direito Eleitoral na Unichristus - sede Parquelândia. Foi orientador do Grupo de estudos e Pesquisa “História do Constitucionalismo Brasileiro: Perspectivas Contemporâneas” no semestre 2022.1 e do Projeto de Iniciação Científica “Autoritarismo e Constituição: Estratégias de resistência democrática na jurisdição constitucional” em 2023.2 e 2024.1. Também é doutor em Direito Constitucional na Universidade Federal do Ceará (UFC) com bolsa Funcap. Foi professor substituto do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFC, ministrando disciplinas também na Faculdade de Economia, Administração, Atuárias e Contabilidade (FEAAC) (2019-2020). É professor de cursos de pós-graduação na Universidade Estadual do Ceará (UECE), na Escola Superior da Advocacia (ESA-CE) e na Escola Superior do Ministério Público (ESMP-CE). Possui mestrado acadêmico em Direito Constitucional também na UFC. É graduado em Direito na UFC com período de mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Coimbra, Portugal. Foi Diretor de Ensino da Escola Superior do Ministério Público do estado do Ceará (ESMP-CE) (2016-2019). Foi professor convidado na ESMP-CE, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) e na ESA-CE (Escola Superior da Advocacia do Ceará). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4675589766225743>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0988-890X>. E-mails: fcotarcisiorocha@gmail.com ou tarcisio.rocha@unichristus.edu.br.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

ABSTRACT

Through this work, we seek to analyze the concept of abuse of economic power at the time of the 1946 Constitution, aiming to clarify the relationships between the Constitution, the Social State and capitalism, as well as to conceptualize abuse of economic power, in addition to highlighting and explain its presence in the 1988 constitutional text. In addition, this theme is endowed with notorious relevance in the historical scenario in which antitrust law is inserted, clarifying the social and political context of the time and the evolution of legislation that aimed to repress the abuse of power economy in society. The research was developed through bibliographical and documentary research techniques, using foundations of great authors in the area, thus producing a concise conclusion about the concept highlighted in relation to the 1946 Constitution. The subject of competition law and the Constitution are closely linked and the 1946 Charter was a key point for the development of subsequent legislation aimed at repressing the abuse of economic power, as well as protecting the principles of the Brazilian economic order, which reached the 1988 Constitution.

Key-words: 1946 Constitution. abuse of economic power. antitrust law. 1988 Constitution.



1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o conceito de abuso do poder econômico à época da Constituição de 1946 para a sua melhor compreensão na Constituição de 1988, com o objetivo de esclarecer este tema de notória relevância para o Direito Concorrencial, demonstrando quais garantias constitucionais foram inseridas e suas justificativas históricas. Além disso, busca-se compreender o contexto à época da Constituição de 1946, assim como a relação do Estado Social com o tema. Vale ressaltar que se almeja conceituar e explicar o abusado poder econômico, e, por último, objetiva-se relacionar o tema com a Constituição de 1988, fundamento do Direito Concorrencial brasileiro.

O debate a respeito do tema abuso do poder econômico tem por finalidade explicar à sociedade a relevância do tema, que se torna muito importante no atual estágio do desenvolvimento do capitalismo neoliberal. Isso, porque ele auxilia a compreender os motivos pelos quais o mercado deve ser regulado, bem como não haveria medidas que reprimissem a ausência de um ambiente de concorrência justo e competitivo, possivelmente causando estagnação econômica.

Este trabalho tem como problemas específicos: Como a constituição de 1946 relaciona Estado Social e capitalismo? Qual é o conceito de abuso do poder econômico na Constituição de 1946? Como a história do Direito Concorrencial na Constituição de 1946 ajuda na compreensão do abuso de poder econômico na constituição de 1988? Essas perguntas são ponto de partida para a compreensão da constituição de 1946 com fundamento histórico na construção do conceito de abuso de poder econômico na constituição de 1988. Não se almeja fazer um simples relato histórico do conceito jurídico. Muito menos é tentado aqui propor uma abordagem puramente descritiva e comparativa das Constituições de 1946 e de 1988. O projeto aqui executado pretende demonstrar, por meio de um relato histórico-constitucional, as raízes do conceito de abuso de poder econômico na atualidade.

A escolha da Constituição de 1946 não foi ao acaso. Ela surgiu em um momento de redemocratização política no qual os debates que aconteceram anteriormente foram revisitados e reinterpretados sem o viés autoritário do regime político anterior. O resultado foi a construção de um conceito fortalecido de abuso de poder econômico, o qual se compreende ainda servir de



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

parâmetro para a interpretação do direito antitruste hoje.

Em um momento de forte crítica do Estado Social e da regulamentação estatal da economia, esse relato mostra que esse debate não é novidade na histórica política brasileira. O seu resultado foi a estruturação de um sistema jurídico que utiliza o direito econômico como parte de um processo estrutural de desenvolvimento econômico igualitário e constante. Como se pretende demonstrar, o modelo intervencionista estatal faz parte da história do nosso constitucionalismo e pode ser utilizado de parâmetro e como prova para o debate contemporâneo em torno dos limites da regulamentação estatal brasileira.

O atual trabalho será realizado por meio de pesquisas bibliográficas e documentais, com o fito de oferecer a explicação mais clara e concisa possível para o melhor entendimento da temática abordada. A pesquisa contou com estudos bibliográficos diários, nos quais foram utilizados os melhores argumentos das melhores fontes para pesquisa dentro do material selecionado. A produção textual foi aprimorada a cada dia, visando conferir maior clareza e objetividade ao texto. Posteriormente, para entender opiniões consolidadas sobre a temática e temas mais específicos, foi utilizado o método de pesquisa documental.

Dentro da bibliografia utilizada, houve a escolha de três grandes pilares. O primeiro foi a pesquisa de textos técnicos em História do Direito, para que a base de interpretação seja realizada de forma responsável. O segundo, textos de Teoria da Constituição, haja vista a necessidade de manuseio adequado dos conceitos jurídicos dentro da perspectiva constitucional (Gomes Júnior, 2022) (Waluchow, 2007). Por fim, dialogar com estudiosos específicos do Direito Concorrencial, almejando demonstrar a relevância prática dos estudos aqui realizados para o estudo dessa seara do direito tão específica e pouco estudada.

Com base nos levantamentos realizados a partir de pesquisas bibliográficas e documentais, busca-se no tópico 3.1 contextualizar a Constituição de 1946 e estabelecer relações entre o Estado Social e o capitalismo. No tópico 3.2, se almeja-se esclarecer o conceito de abuso do poder econômico e estabelecer sua relação com a Constituição de 1946.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

No tópico 3.3, são estabelecidas as diretrizes interpretativas do Direito Concorrencial na Constituição de 1988 por meio do conceito de abuso de poder econômico. No tópico 3.4, os parâmetros de interpretação do Direito Concorrencial estabelecidos na Constituição de 1946 são utilizados para defender uma leitura intervencionista do abuso de poder econômico na Constituição de 1988.

2. Da revolução de 30 até a Constituição de 1946: um marco histórico importante para a compreensão do conceito de abuso de poder econômico

Após a Revolução de 30, o direito estatal passa a ser visto de uma maneira que não havia sido visto antes, como instrumento pelo qual o Estado promove o desenvolvimento e sua política econômica. Dessa forma, um Estado Social, desenvolvimentista e intervencionista, é construído para que isso possa ser executado. Nesse contexto, o direito econômico surge historicamente como parte da política estatal (Cabral, 2019, p. 4).

Exemplos dessa realizada estão nos fatos dos ministérios voltados às questões sociais terem ampla prioridade política e os setores econômicos voltados às áreas econômicas estratégicas passaram a ter maior presença estatal e regulação. A legislação sobre economia estatal é resultado dessa racionalidade que se volta mais fortemente à intervenção estatal. Quebrando com o modelo liberal da Constituição de 1891, a Constituição democrática de 1934 tratou da economia popular de forma expressa:

Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Aqui, é possível perceber um projeto protecionista claro e voltado à nacionalização de empresas de crédito em todas as suas modalidades. Esse projeto, no entanto, não se executou de maneira adequada porque essa constituição teve muito pouco tempo de vigência. Devido a questões políticas e autocráticas, Getúlio Vargas outorgou a constituição de 1937. Esta nova constituição, no entanto, não modificou a perspectiva intervencionista e nacionalista presentes na Constituição de 1934. É possível ver isso já no seu art. 141:



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Diferentemente do que aconteceu com a Constituição de 1934, a Constituição de 1937 teve rápida regulamentação por meio do Decreto-Lei nº 869/1938. Esta legislação é um marco histórico relevante porque é considerada como a primeira lei nacional com dispositivos com natureza de direito antitruste, mas há também normas de outras naturezas como de contratos, gestão fraudulenta e especulação (CABRAL, 2019, p. 4).

A respeito desse tema, relevante é a contribuição de Gilberto Bercovici (2005, p. 20), que afirma ser essa legislação fruto de uma preocupação específica a respeito do abuso do poder econômico, ou seja, havia uma preocupação com a defesa da população em geral e com o consumidor contra os abusos em relação aos preços e com a concorrência em si. Assim, não pode se dizer que ela é fruto de uma ideia técnica relacionada às influências do liberalismo econômico.

Os propositores do Decreto-Lei nº 869/1938 foram Francisco Campos e Nelson Hungria. Ambos concordavam com os exageros que poderiam acontecer caso o mercado não fosse regulado ou direcionado adequadamente. Nesse contexto, é possível perceber claramente na intenção dos autores o combate aos abusos do poder econômico. De acordo com Mário Cabral (2019, p. 13):

Campos revela que a Lei de Crimes contra a Economia Popular tinha um “alvo”: os “mais fortes economicamente”, que poderiam provocar prejuízos aos “fracos e pobres”. Esses alvos seriam os representantes de “trusts, carteis e anéis de produção”. Ou seja, não se difere tanto dos agentes por trás das infrações da ordem econômica que são analisadas hoje pelo Cade, com base em lei que coíbe o abuso do poder econômico.

A Constituição de 1946 retomou a linha democrática de 1934 e foi promulgada após as deliberações do Congresso recém-eleito, que assumiu as tarefas de Assembleia Nacional Constituinte. A disposição constitucional iniciou a sua instalação no Brasil, baseando-se em um sistema representativo, com eleições para os cargos nas esferas da União, dos Estados e

dos Municípios. Os parlamentares tomaram posse em fevereiro de 1946, e, no dia 9 de setembro, foi encerrada a redação do novo Texto Constitucional.

A votação para sua aprovação foi finalizada em 17 de setembro. A Constituição continha ideias dominantes da sociedade e era rígida. Durante sua vigência, o direito à liberdade de expressão foi restaurado, acabando com a censura que reprimia os ideais dos indivíduos. Além disso, ela garantiu o direito de inviolabilidade do sigilo decorrespondências e a proteção dos direitos do cidadão, independentemente de suas convicções religiosas, filosóficas ou políticas.

Foi a primeira Constituição democrática a destacar expressamente a importância da defesa da concorrência como algo fundamental para o Estado Social e ser executada, possibilitando ao capitalismo ganhar espaço e gerar proporção no sistema. Isso não era considerado como algo ruim para o sistema estatal, passando a ser visto como aliado ao crescimento econômico. Esse modelo já era executado em outros lugares do mundo, como Estados Unidos, Canadá e União Europeia (Bonavides; Andrade, 1991).

3. O abuso de poder econômico na Constituição de 1946

No Brasil, a expressão “abuso de poder econômico” começou a ter repercussão a partir da Constituição de 1946, a qual trouxe o tema de forma expressa no texto constitucional pela primeira vez. Tal temática é dotada de muita riqueza interpretativa e deve ser rebatida com a defesa da concorrência como garantia institucional. Calixto Salomão Filho (2021) entende que o conceito de abuso do poder econômico está ligado a atos tendentes à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, de modo que tais ações que gerem aumento arbitrário dos lucros e a eliminação substancial da concorrência, indo de encontro ao princípio da ordem econômica presente na Constituição.

Como dito, no âmbito nacional, as primeiras preocupações com a liberdade econômica surgiram na Constituição de 1934. Contudo, apenas em 1945, a primeira regulamentação sobre o tema foi criada, pelo ministro do trabalho, Agamenon Magalhães – o Decreto-lei nº 7.666/1945. Com essa lei, também conhecida como Lei Malaia, haveria



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

um dispositivo legal de conteúdo exclusivamente concorrencial, que seria aplicado pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE) com natureza jurídica federal.

Essa legislação se difere do Decreto-Lei nº 869/1938 na medida em que este tratava de temas que iam além do direito antitruste, possuía caráter penal e que seria aplicado por uma autoridade judiciária especial – o Tribunal de Segurança Nacional (TSN) –, que julgava outros casos além dos de natureza concorrencial. Assim, o modelo de Agamemnon é o que permanece até hoje, ou seja, uma lei que possui natureza exclusiva de Direito Concorrencial e que cria uma autoridade administrativa especializada. Hoje esse modelo é regido pela Lei nº 12.529/2011.

Outra inovação da Lei Malaia foi instituir o controle prévio de atos de concentração. Assim, fusões e incorporações de setores considerados estratégicos só aconteceriam se aprovados pelo CADE, algo que também acontece atualmente. Mesmo com suas características tão marcantes no sistema jurídico brasileiro até hoje, no ato de sua outorga, essa lei sofreu fortes críticas da oposição ao governo Vargas, mais especificamente da UDN (União Democrática Nacional). As críticas vieram também de organizações empresariais e até mesmo do Departamento de Estado norte-americano. Acontece que, mesmo com essas críticas e polêmicas a respeito de sua existência, a lei Malaia acabou sendo importante para que o debate público conhecesse os institutos de direito antitruste (Cabral, 2021).

Ocorre que, na constituição de 1946, a repressão ao abuso do poder econômico foi trazida pela primeira vez de forma expressa por meio do seu art. 148. Agamemnon Magalhães, eleito deputado constituinte, foi quem a inseriu na constituição, já que era o relator do Título V, que tratava da Ordem Econômica e Social. O texto segue:

Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

A norma constitucional estabelece um mandamento garantidor da ordem com força jurídica de regulação máster. É necessário ressaltar que, mesmo com a Lei nº 1.521 de 1951, que trouxe uma série de dispositivos que defendiam a concorrência e os crimes contra a



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

economia popular, não houve nenhuma implementação legal que regulamentasse a repressão ao abuso de poder econômico, conforme previa o art. 148 da Constituição Federal de 1946.

Em 1948, o Deputado Agamemnon Magalhães apresentou um projeto que regulamentava o dispositivo constitucional. Após muitas alterações, debates e um trâmite demorado, a Lei nº 4.137/62, responsável pela recriação do CADE, foi promulgada. Não há que se questionar a relevância de Agamemnon Magalhães na defesa do direito econômico brasileiro por meio da regulação e do controle do abuso de poder econômico.

Com essa evolução histórica, foi possível demonstrar que a constitucionalização do abuso de poder na constituição de 1946 não foi resultado da vontade de alguém ou da imposição de um ditador. Ela foi resultado de longos anos de debates e conflitos políticos no que se referem ao direito econômico brasileiro, mais especificamente ao direito antitruste ou concorrencial.

Do ponto de vista histórico, essa constitucionalização representou a solidificação democrática de uma perspectiva econômica na qual o Estado possui o papel de promover o desenvolvimento econômico dentro de um sistema capitalista, mas protegendo a população em geral e, mais especificamente, os consumidores contra abusos que podem ser realizados por empresas que possuem o controle de mercados considerados estratégicos no Brasil.

Mesmo tendo uma origem institucional no Estado Novo, a defesa da concorrência se mostra como um instrumento estatal essencial para que o capitalismo voltado ao desenvolvimento econômico não se torne, no final, nocivo aos cidadãos brasileiros. A constituição de 1946 representa historicamente um modelo de intervenção do Estado na economia que almeja, de uma forma democrática, regular as transações econômicas para que o mercado possa contribuir para o bem comum e não simplesmente para alguns. Esse parâmetro é determinante para que possamos compreender o Direito Concorrencial brasileiro a partir da constituição de 1988.

3.1 O abuso de poder econômico na constituição de 1988



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Considerando a Constituição como uma árvore viva, ou seja, como um sistema cujos critérios dominantes podem crescer a partir das decisões das instituições políticas (Gomes Júnior, 2022) (Waluchow, 2007), este subtópico está dividido em duas partes. Na primeira, são estabelecidas relações entre os princípios da ordem econômica, especialmente entre os presentes nos princípios estruturantes e os presentes no art. 170 da CF/88. Na seguinte, são descritos e explicados como os princípios anteriores estão diretamente relacionados com o conceito de abuso de poder econômico na CF/88.

3.2 Os princípios da ordem econômica na CF/88

Neste tópico, pretende-se demonstrar que a compreensão de abuso de poder econômico que foi constitucionalizado em 1946 é de essencial relevância na interpretação desse conceito na constituição de 1988. Antes de entrar diretamente no dispositivo constitucional específico sobre o tema – o art. 173, § 4º – é necessário estabelecer quais os critérios de interpretação foram determinados no que se refere a desenvolvimento econômico (BONAVIDES, 2010).

No seu art. 1º, é possível dizer que a CF/88 estabelece um Estado Democrático de Direito. No Brasil, isso significa dizer que há uma vontade normativa voltada à realização de um Estado Social dentro de parâmetros democráticos em uma economia de mercado. Se não fosse esse caso, não havia a necessidade de se incluir os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa já nos seus fundamentos (art. 1º, IV).

Necessário destacar também que há um projeto de transformação social e de superação do subdesenvolvimento já no seu art. 3º. O inciso II estabelece o desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental da República. Isso significa que todos os poderes instituídos devem colaborar para a construção de uma sociedade cujo desenvolvimento aconteça de maneira ampla, igualitária e constante.

Nos incisos I, III e IV, é possível perceber isso de forma ainda mais clara, haja vista que diminuir as desigualdades regionais, erradicar a pobreza, construir uma sociedade livre, justa e solidária, assim como promover o bem comum e o fim da discriminação não



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

possuem um valor secundário na interpretação constitucional. Esse projeto deve ser realizado de tal maneira que o desenvolvimento nacional aconteça sem discriminação e de forma a propiciar a superação do atual estágio social das classes menos favorecidas.

Aqui é possível entender os chamados princípios estruturantes, ou seja, aqueles princípios constitucionais que indicam as ideias básicas de toda a ordem constitucional. Eles funcionam na constitucional da mesma maneira que as traves-mestras de uma construção civil, dando uma sustentação. Sua função é estabelecer as diretrizes fundamentais pelas quais a própria constituição e o ordenamento jurídico devem ser interpretados (Canotilho, 1997, p. 1173).

Nesse contexto, é que devem ser interpretados os dispositivos relacionados aos princípios gerais da ordem econômica. Ao tratar sobre o tema, Eros Grau (1998) estabelece diretrizes fundamentais para se compreender a relação entre estado e economia. Antes de tudo, o autor estabelece que, desde sua fundação, o estado se mostra como um suporte para a manutenção do capitalismo. Isso acontece porque ele investe em estradas, ferrovias, portos e vários outros instrumentos pelos quais ele pode se integrar de maneira mais eficiente. Nunca houve socialização ou coletivização dos meios de produção no que se refere ao Brasil.

A justificativa para que o estado se mantenha forte, mesmo em lugares em que o capitalismo é bem desenvolvido, é que as externalidades negativas produzidas pelo mercado são tão grandes que é necessário que o estado, de certa forma, “proteja o capitalismo contra os capitalistas”. Não seria possível o mercado sem o estado. A intervenção do estado na economia reduz riscos e promove a segurança jurídica (Gomes Júnior; Coutinho, 2023).

É possível dizer que o mercado é uma instituição jurídica, ou seja, é promovido, protegido e realizado pelo direito do estado. Com a constitucionalização de direitos sociais e o próprio Estado Social, o capitalismo foi renovado no início do século XX. Não há oposição, mas complementaridade entre Estado Social e capitalismo. Muitos países alcançaram níveis importantes de desenvolvimento por meio da intervenção do estado na economia.

Desde os anos 80 com a crise do petróleo, o Estado Social tem sido criticado no Brasil. O ponto é que com os princípios estruturantes da CF/88 é impossível acabar com o



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Estado Social no Brasil. O verdadeiro projeto nacional estabelecido na constituição, segundo Eros Grau (1998), é a reconstrução do Estado Social para a manutenção de um sistema capitalista capaz de angariar investimentos e financiar a transformação social e o desenvolvimento econômico igualitário .

Dentro dessa proposta, os princípios estruturantes contêm normas que tratam da ordem econômica brasileira, mesmo não estando no art. 170. Esse fato não significa que os dispositivos presentes nos art. 170 e seguintes não sejam de essencial relevância para a economia brasileira. Para Eros Grau (1998), os princípios gerais da ordem econômica almejam conformar a economia nacional de tal maneira a promover uma constituição dirigente, ou uma constituição econômica.

No art. 170 da CF/88, é estabelecido que a ordem econômica tem fundamento na valorização do trabalho e da livre iniciativa – mais um reforço para a constatação de que a Constituição de 1988 é capitalista. A finalidade, termina o mesmo artigo, é assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social. Aqui, nesta parte final, há uma compensação; há uma justificativa para a regulamentação do capitalismo para o ajuste de suas devidas finalidades constitucionais. Os incisos deste artigo estabelecem os parâmetros pelos quais esse controle do mercado deverá ser meio. Segue o dispositivo constitucional:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

O inciso IV estabelece que a livre concorrência é um parâmetro relevante para o controle do mercado. Isso poderia até parecer contraditório, mas é possível compreender a sua inserção de forma simples após as explicações anteriores deste artigo. O mercado sem regulação é capaz de produzir cenários econômicos em que a própria concorrência pode acabar e o monopólio prevalecer. Dentro dessa realidade, o constituinte achou por bem deixar claro que a concorrência é um valor que merece proteção no momento da regulação da ordem econômica brasileira.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Dentro do que foi debatido até aqui, considera-se que foi realizada uma contextualização normativa e doutrinária a respeito de como é vista a regulação da atividade econômica na CF/88. As disposições claras a respeito da necessária regulação do sistema capitalista estão presentes desde os seus princípios estruturantes e alcança de forma importante os princípios gerais da ordem econômica. Sem essa contextualização, dificilmente seria possível compreender a regulação do abuso de poder econômico.

3.3. O abuso de poder econômico na CF/88

No art. 173 da CF/88, critérios mais específicos são estabelecidos a respeito da intervenção direta do estado na economia. Antes de tudo, é estabelecida uma regra geral, o estado não intervirá diretamente na economia – ou seja, criará empresas públicas, por exemplo. Em seguida, são expostas exceções a essa regra geral. Elas são os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo. Mais uma vez, critérios relacionados à intervenção são claramente estabelecidos para a proteção do bem comum e da coletividade. Segue o dispositivo constitucional:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Como parágrafo a este dispositivo constitucional, está a regulação constitucional expressa que fundamenta o Direito Concorrencial brasileiro. O abuso de poder econômico pode ser destacado como um tema essencial neste contexto e está expressamente definido no art. 173, § 4º. O texto constitucional dispõe:

A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Este dispositivo não se desafia com o que foi previsto na Constituição de 1946 e busca garantir a livre concorrência no sistema capitalista, entendendo este como algo bom



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

e fundamental para o desenvolvimento da economia brasileira. Percebe-se, pelo disposto no art. 170 da Constituição Federal, que o capitalismo está atrelado à função social e aliado ao viés democrático, bem como ao crescimento econômico.

O conceito de abuso de poder econômico sofreu alterações em 1988, destoando-se do seu sentido clássico, que entendia o abuso como qualquer ato que tenha como consequência o aumento arbitrário dos lucros e a eliminação substancial da concorrência. Tal conceito foi alterado na Constituição de 1988, trazendo agora o sentido de atos tendentes à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência.

Vale destacar a palavra “tendente”, que, ao se utilizar uma interpretação teleológica, entende-se que o ato deverá ser reprimido antes mesmo de alcançar o seu objetivo final, sendo o bastante que tenha a tendência, introduzindo uma ideia de controle preventivo. Além disso, vale destacar o controle de estruturas e controle de condutas, que são exercidos pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sendo um importante elemento para debate no âmbito do Direito Antitruste.

Como dito anteriormente, o Direito Concorrencial brasileiro atual, seguindo o art. 173, §4º da CF/88, é regulado pela Lei nº 12.529/2011. Essa lei segue claramente o modelo estabelecido pelo Decreto-lei nº 7.666/1945 de Agamemnon Magalhães. Há um sistema autônomo de defesa da concorrência, que possui regulação própria e natureza administrativa. Assim como na constituição de 1946, esse sistema possui natureza política democrática e parâmetros constitucionais bem definidos para sua devida interpretação.

O controle de conduta dispõe que qualquer ato que objetive ou produza limitação, falseamento ou qualquer outra forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, independentemente de forma de manifestação que vise ou produza efeitos, mesmo que não se concretizem, assim como a dominação de mercado relevante de bens e serviços, o aumento arbitrário de lucros e ainda o exercício de forma abusiva de posição dominante, será considerado infração contra a ordem econômica.

O controle de estrutura está relacionado ao controle exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em que pese a prevenção quanto à limitação ou prejuízo à prática da livre concorrência, observando-se para isso atos de concentração



econômica, objetivando-se a proteção do mercado e dos consumidores e evitando-se abusos oriundos de operação de concentração, em decorrência do aumento excessivo de determinada empresa no mercado econômico.

4. Parâmetros históricos de interpretação do abuso de poder econômico na constituição de 1988 a partir da experiência de 1946

A constitucionalização do abuso de poder econômico na constituição de 1946 resultou de um longo debate em torno das reais funções do direito econômico brasileiro. O resultado foi que o mercado não deve ser guiado de maneira totalmente livre. Monopólios, cartéis e trustes são possibilidades que devem ser evitadas para que o capitalismo possa se desenvolver de maneira adequada a fim de cumprir objetivos sociais e alcançar o bem comum. O abuso de poder econômico se mostrou peça-chave no marco histórico na Constituição de 1946 (Gomes Júnior; Coutinho, 2023).

Essa realidade histórica deve ser lembrada ao se interpretar os princípios gerais da ordem econômica da Constituição de 1988. Desde seus primeiros dispositivos até os que tratam de forma mais detalhada a respeito da relação entre estado e economia, a CF/88 se mostrar como instrumentalizando o direito econômico com o fim de promover o crescimento econômico estágio e duradouro no Brasil. Qualquer proposta neoliberal voltada a diminuir o estado se volta contra a tradição que teve um marco importante na Constituição de 1946.

A própria legislação que rege hoje o direito antitruste – a Lei nº 12.529/2011 – tem natureza essencialmente a mesma daquela que regulou o tema na década de 1950 – o Decreto-lei nº 7.666/1945, ou lei Malaia. Essas semelhanças legislativas e constitucionais demonstram a relevância do conhecimento da história da constitucionalização do abuso de poder econômico na Constituição de 1946 na compreensão do Direito Concorrencial na Constituição de 1988 (Gomes Júnior; Coutinho, 2023).

5. Conclusões



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Tento em vista o desenvolvido até aqui, é possível ter como considerações finais que a Constituição de 1946 busca recuperar os princípios democráticos do texto Constitucional de 34, além de destacar que foi a primeira a citar expressamente o abuso do poder econômico. Dessa forma, vale citar a importância da defesa da concorrência como algo fundamental para o Estado Social possibilitando ao capitalismo ganhar espaço e gerar proporção no sistema.

O conceito de “abuso do poder econômico” foi tratado pela primeira vez na Constituição de 1946, sendo um importante avanço para o Direito Concorrencial, já que o art. 148 da Constituição destacava a repressão ao abuso do poder econômico, porém, apenas em 1962 foi elaborada uma legislação regulamentando o tema.

A Constituição de 1988 seguiu o modelo do Dispositivo Constitucional de 1946 no aspecto de repressão ao abuso do poder econômico, aprimorando as formas de prevenir e reprimir tais abusos, por meio do SBDC, com o fito de incentivar a livre iniciativa e fortalecer o direito concorrencial na atualidade. Além disso, vale notar o capitalismo atrelado à função social e aliado ao viés democrático do país, bem como ao crescimento econômico.

Dessa forma, é possível inserir este artigo dentro do que Bercovici (2022, p. 76) chama de “batalha pela constituição econômica”. Não foi por acaso que o processo em torno da Constituição de 1946 foi escolhido para debater um conceito central para o Direito Concorrencial, o abuso de poder econômico. Considerando a constituição como árvore viva, a luta política é determinante para a construção do seu significado no presente (Gomes Júnior, 2022) (Waluchow, 2007). Por isso, a constitucionalização desse conceito representou um marco vitorioso da ideia de constituição política no processo de desenvolvimento nacional. A história do constitucionalismo, logo, fundamenta a proteção do bem comum por meio do conceito do abuso de poder econômico na Constituição de 1988, assim como foi na Constituição de 1946.

6. REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Almedina, 2022.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

_____. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

_____. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

_____. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

CABRAL, Mário André Machado. A aplicação do antitruste no Brasil: o mito da falta de efetividade da lei de crimes contra a economia popular de 1938. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, v. 38.2, jul/dez, 2018.

_____. O sentido de “economia popular”: a origem do antitruste no Brasil nos anos 1930. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 14, n.1, 2019.

_____. Silêncio na historiografia econômica brasileira: a legislação concorrencial como inovação institucional (1937-1945). **Sequência**, n. 42, v. 88, 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina. 1997.

COUTINHO, Débora; GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. Palestra. Centro Universitário Unichristus, Fortaleza, Ceará. **Constituição econômica e inovação**: uma política pública de desenvolvimento. In: SEMANA DO DIREITO, 2023.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

FIGUEIREDO, Leonardo V. **Direito Econômico**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993290. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993290/>. Acesso em: 24 maio 2023.

FILHO, Calixto S. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640836. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640836/>. Acesso em: 23 maio 2023.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788547203368. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/>. Acesso em: 24 maio 2023.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. **O constitucionalismo como árvore viva de Wil Waluchow: entre emergência e autoritarismo**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2018.

PAIXÃO, Cristiano; BRABOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Crise Política e Sistemas de Governo: origens da “Solução Parlamentarista” para a Crise Político-Constitucional de 1961. **Universitas JUS**, v. 24, n. 3, 2013.

WALUCHOW, Wilfrid. **A common law theory of judicial review: The living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Recebido em: 25 de agosto de 2023.

Aceito em: 15 de outubro de 2023.



PRISÃO PREVENTIVA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA

PREVENTIVE DETENTION AND THE MARIA DA PENHA LAW: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ON THE LEGAL (IM)POSSIBILITY OF DECRET OF OFFICIAL OFFICE BY THE JUDICIAL AUTHORITY

Rosângela Viana Zuza Medeiros¹
Henara Marques da Silva Coelho da Paz²
Raquel Carlos da Rocha³

Resumo

Dentre as alterações proporcionadas pelo Pacote Anticrime no ordenamento jurídico nacional, destaca-se a ocorrida no art. 311 do Código de Processo Penal, que passou a vedar, em qualquer fase da persecução penal, a decretação da prisão preventiva de ofício pelo Judiciário. Todavia, nada versou sobre o art. 20 da Lei Maria da Penha, que ainda prevê a possibilidade nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Visando à proteção da segurança jurídica, tal divergência precisa ser solucionada. Em vista disso, a seguinte problemática se apresenta: diante da referida alteração, de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores pátrios, é juridicamente possível a decretação de ofício da prisão preventiva pelo juízo no contexto da Lei Maria da Penha? Com o intuito de responder à questão de pesquisa apontada, o presente trabalho norteou-se pelo seguinte objetivo geral: analisar, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores pátrios, a (im)possibilidade da decretação de ofício pela autoridade judiciária da prisão preventiva no âmbito da Lei Maria da Penha, diante das mudanças promovidas pelo Pacote Anticrime no Código de Processo Penal. Quanto aos objetivos específicos, esses são traçados em três tópicos. Desse modo, foi realizada uma pesquisa teórica, de caráter exploratório, com uma abordagem qualitativa, mediante o estudo da doutrina acerca do assunto e do exame de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Em linhas gerais e de forma simplória, a doutrina sustenta a impossibilidade jurídica, em observância ao sistema acusatório, ao passo que a pesquisa jurisprudencial foi inconclusiva, evidenciando a necessidade de realização de outras pesquisas semelhantes no futuro.

Palavras-chave: Prisão preventiva de ofício. Lei Maria da Penha. Pacote Anticrime. Antinomia jurídica.

¹ Doutora em Direito pela UFPR. Mestre em direito pela Universidade de Coimbra/PT. Graduação em Direito pela UnP. Professora Universitária e advogada.

² Mestre em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte - RN (2018). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2018) e em Práticas Pedagógicas no Ensino Superior (2011). Graduada em Direito pela Universidade Potiguar (2010). Professora universitária nas instituições Universidade Potiguar e Uninassau.

³ Graduação em Administração pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Brasil (2010). Graduanda em Direito pela Universidade Potiguar-UnP. Chefe do Serviço de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social, Brasil.



PRISÃO PREVENTIVA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA

PREVENTIVE DETENTION AND THE MARIA DA PENHA LAW: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ON THE LEGAL (IM)POSSIBILITY OF DECRET OF OFFICIAL OFFICE BY THE JUDICIAL AUTHORITY

Abstract

Among the changes provided by the Anticrime Package in the national legal system, the one that stands out is the amendment to article 311 of the Criminal Procedure Code, which now prohibits, at any stage of criminal prosecution, the court from ordering pretrial detention ex officio. However, nothing was mentioned about article 20 of the Maria da Penha Law, which still allows for the possibility of ex officio pretrial detention in cases of domestic and family violence against women. In order to protect legal certainty, this divergence needs to be resolved. Therefore, the following problem arises: considering the aforementioned amendment, according to the jurisprudence of the national superior courts, is it legally possible for the court to order pretrial detention ex officio within the scope of the Maria da Penha Law? In order to answer the stated research question, this study was guided by the following general objective: to analyze, based on the jurisprudence of the national superior courts, the (im)possibility of ex officio pretrial detention by judicial authorities under the Maria da Penha Law, in light of the changes introduced by the Anticrime Package in the Criminal Procedure Code. As for the specific objectives, these are outlined in three topics. Thus, a theoretical and empirical research was conducted, through the study of national doctrine on the subject and the examination of judgments from the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. In general terms, the doctrine supports the legal impossibility, in compliance with the accusatory system, while the jurisprudential research was inconclusive, highlighting the need for further similar research in the future.

Keywords: Ex officio pre-trial detention. Maria da Penha Law. Anti-Crime Package. Legal antinomy.



1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como o Pacote Anticrime, alterou significativamente o sistema processual criminal brasileiro. Dentre as modificações, cabe destacar a ocorrida no art. 311 do Código de Processo Penal (CPP). A sua redação anterior, em apertada síntese, previa que, uma vez atendidos os requisitos estabelecidos no art. 312 e seguintes do diploma legal em comento, o juiz poderia, mediante decisão fundamentada, decretar de ofício a prisão preventiva na fase judicial da persecução penal. No entanto, o Pacote Anticrime retirou essa possibilidade ao prever que a decretação da prisão preventiva pelo judiciário somente se daria a requerimento do parquet, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Dessarte, em que pese a alteração legislativa supracitada, não houve a revogação expressa ou a modificação formal do art. 20 da Lei nº 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha, que ainda prevê o cabimento da decretação de ofício da prisão preventiva pelo juízo no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Isso posto, está-se diante de uma antinomia jurídica, isto é, de um conflito aparente de normas, que precisa ser resolvido com o escopo de salvaguardar a segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio. Em razão do exposto, surge a seguinte questão de pesquisa: diante da alteração do art. 311 do Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores pátrios, é juridicamente possível a decretação de ofício da prisão preventiva pela autoridade judiciária no âmbito da Lei Maria da Penha?

Para responder à problemática em evidência, o trabalho foi desenvolvido norteando-se pelo seguinte objetivo geral: analisar, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores pátrios, a (im)possibilidade da decretação de ofício pela autoridade judiciária da prisão preventiva no âmbito da Lei Maria da Penha, diante das mudanças promovidas pelo Pacote Anticrime no Código de Processo Penal.

Quanto aos objetivos específicos, esses são traçados em três tópicos: no primeiro, a prisão preventiva de ofício é tratada no contexto do sistema processual criminal pátrio, com enfoque na Lei Maria da Penha e na alteração implementada pelo Pacote Anticrime no art. 311



do CPP; no segundo, é realizada uma discussão acerca da vigência e da aplicabilidade do art. 20 da Lei Maria da Penha diante da referida mudança processual penal, à luz do princípio da especialidade e do sistema acusatório; no terceiro, é exposto o resultado da análise jurisprudencial realizada nos Tribunais Superiores Pátrios e, por fim, são apresentadas as considerações finais a respeito do tema.

Desse modo, para o alcance da finalidade proposta, e, por conseguinte, a resolução do problema apontado, foi realizada uma pesquisa teórica, de caráter exploratório, com uma abordagem qualitativa, por meio do estudo da doutrina acerca do assunto, expondo e contrapondo as teses existentes, e do exame de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, observando, no último caso, a seguinte sistemática de coleta e de análise de dados:

Foram realizadas três buscas nos sítios eletrônicos dos referidos tribunais superiores. No campo de busca de jurisprudência, foram informados os seguintes parâmetros:

- a) Palavras-chave: “Prisão preventiva de ofício”, “art. 20 da Lei Maria da Penha” e “art. 20 da Lei nº 11.340/2006”;
- b) Lapso temporal em todas as buscas: de 23/01/2020 (início da vigência do Pacote Anticrime) a 31/03/2023;
- c) Tipos de julgados: Acórdãos.

Após a busca, houve a quantificação e a análise dos dados obtidos, com a finalidade de, neste primeiro momento, identificar os julgados objetos da pesquisa, quais sejam, os acórdãos que versam sobre a decretação de ofício da Prisão Preventiva pelo Juízo no contexto da Lei Maria da Penha. A partir disso, os julgados elegidos para a pesquisa foram quantificados e analisados, com vistas a verificar o posicionamento de cada tribunal sobre a temática em apreço. Ao final, os dados foram sistematizados e apresentados.

2 PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO: O INSTITUTO NO SISTEMA PROCESSUAL CRIMINAL BRASILEIRO E A RECENTE ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME)

Antes de adentrar especificamente na decretação de ofício da prisão preventiva no ordenamento jurídico pátrio, é pertinente tratar sobre o conceito, a finalidade e os requisitos que



subsidiar a medida constritiva em estudo, com vistas a propiciar uma análise mais consistente da temática em evidência.

Dito isso, cumpre informar primordialmente que a prisão preventiva se trata de uma modalidade de segregação provisória, de natureza cautelar, que visa a tutela da sociedade e do jus persecuendi estatal (AVENA, 2022), de modo a garantir a efetividade do provimento jurisdicional (CAPEZ, 2022).

O ordenamento jurídico brasileiro permite a sua decretação tanto na fase investigativa quanto na fase judicial. No tocante à fase pré-processual, Avena (2022) defende que, apesar de o art. 311 do CPP estabelecer que a prisão preventiva cabe na “investigação policial”, não se restringe a essa, tendo em vista que é necessário a adoção de uma interpretação sistêmica, levando em consideração também o art. 282, § 2.º, do referido código, o qual trata sobre as medidas cautelares de caráter geral, das quais a prisão preventiva faz parte. Tal dispositivo traz a expressão genérica “investigação criminal”, não se limitando ao âmbito policial. Dessa forma, alega o autor a possibilidade da imposição, na fase investigativa, da medida constritiva em discussão a outras formas de apurações criminais de natureza não policial.

Todavia, é importante ressaltar que

no bojo de procedimentos instaurados sem a finalidade específica de persecução penal persiste a impossibilidade jurídica de que sejam determinadas medidas cautelares de natureza pessoal dentre as elencadas no Código de Processo Penal. É o caso de processos administrativos, sindicâncias, inquéritos civis e, até mesmo, de Comissões Parlamentares de Inquérito. Ressalva-se a possibilidade de que, a partir destes elementos, venham a ser instauradas investigações criminais pelos órgãos competentes. Neste caso, a prisão preventiva poderá ser requerida a partir da investigação criminal que tiver sido oficialmente instaurada (AVENA, 2022, p. 947).

Ademais, “a decretação da custódia no caso concreto exige a constatação, pelo juiz, da impossibilidade de sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão, dentre as contempladas no art. 319 do CPP” (AVENA, 2022, p. 945), sob pena de ser declarada ilegal por ausência de justa causa (CAPEZ, 2022). Assim, verifica-se que a medida em tela tem caráter residual, sendo aplicada pela autoridade judiciária somente quando as demais medidas cautelares não sejam adequadas e proporcionais ao fim perquirido.

Assim, na mesma senda, Lopes Jr (2022) sustenta que a prisão preventiva deve ser a

ultima ratio do sistema. Capez (2022), de modo convergente, defende o caráter subsidiário da constrição em questão ao estabelecer que “mesmo nas situações em que a lei a admite e ainda que demonstrada sua imprescindibilidade, a prisão preventiva tornou-se excepcional, pois somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (CAPEZ, 2022, p. 118).

Nesse aspecto, cabe destacar que o artigo 282, parágrafo 6º, do CPP, após a vigência da Lei nº 13.694/2019, passou a exigir, para a não aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão, justificativa fundamentada nos elementos do caso concreto, de forma individuada. Nessa perspectiva, assevera Avena (2022, p. 885) que, “sob pena de constrangimento ilegal, [...] o não cabimento das cautelares diversas da prisão deve ser justificado, circunstanciadamente, a partir das peculiaridades do caso concreto, que deverão ser expostas na decisão segregatória”.

Assim, somente no caso de não ser possível a aplicação ou de haver o descumprimento das medidas cautelares diversas impostas, que se torna inevitável a “medida extrema da prisão” (CAPEZ, 2022, p. 130). Nesse prisma, Lopes Jr. (2022, p. 17) ressalta que, nesse caso, “cabe ao Ministério Público comprovar o eventual descumprimento (ou insuficiência e inadequação) de uma medida cautelar diversa e pedir expressamente a decretação da prisão preventiva”, não havendo, portanto, a possibilidade de o magistrado agir ante a ausência de requerimento dos legitimados previstos no art. 311 do CPP.

Somado a isso, tendo em vista esse caráter suplementar, a Lei nº 13.964/2019 trouxe a necessidade de revisão periódica das medidas cautelares. Nesse aspecto, Lopes Jr. (2022, p. 18) adverte que

periodicamente o juiz deve verificar, examinar e fundamentar a necessidade de manutenção ou não da prisão preventiva, atendendo sua natureza provisional (situacional) e também sua provisoriedade (curta duração). Desaparecendo os motivos que a legitimam ou havendo excesso de prazo na sua duração, caberá ao juiz revogar a prisão ou substituí-la por medida cautelar diversa.

Nessa seara, Lopes Jr. (2022) cita que o Superior Tribunal de Justiça entende que o prazo para revisão da prisão preventiva estabelecido no art. 316 do CPP não é peremptório, isto é, eventual atraso não implica, de forma automática, reconhecimento da ilegalidade da custódia, tampouco a colocação imediata do preso preventivamente em liberdade.



PRISÃO PREVENTIVA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA

PREVENTIVE DETENTION AND THE MARIA DA PENHA LAW: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ON THE LEGAL (IM)POSSIBILITY OF DECRET OF OFFICIAL OFFICE BY THE JUDICIAL AUTHORITY

Alinhada a essa lógica, a Lei nº 13.964/2019 também introduziu o § 2º no art. 313 do CPP, prevendo que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.

Dessa forma, verifica-se que, tanto para a decretação quanto para a manutenção da custódia preventiva, faz-se necessário justo motivo. Por causa disso, a prisão preventiva pressupõe, conforme Avena (2022), como as demais medidas acautelatórias, a existência do *periculum in mora* - risco de que a liberdade do acusado e a demora das investigações ou da tramitação processual venham a prejudicar a prestação jurisdicional estatal e o eventual cumprimento de pena - e do *fumus boni iuris* - indícios suficientes de autoria e da existência do crime.

No mesmo raciocínio, Rangel (2023, p. 474) aduz que “a comprovada, e não apenas a alegada, necessidade é o que fundamenta a existência da prisão preventiva. [...] Essa necessidade será verificada na análise dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”. Nesta concepção, as prisões preventivas não podem ser decretadas baseadas em mera ilação ou especulação, mas tem que ter ancoragem fática (LOPES JR., 2022).

Além disso, o art. 312 do CPP dispõe que a prisão preventiva poderá ser decretada - desde que haja indícios suficientes de autoria, prova da existência do delito e perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado - para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Dito isso, para uma melhor compreensão do presente estudo, convém detalhar cada um desses requisitos, o que será empreendido a seguir.

Em relação aos indícios de autoria, Avena (2022) ensina que estão situados no campo da probabilidade, uma vez que se baseiam em fatores concretos que apontam, efetivamente, ser o agente o autor da conduta delitiva. Trata-se, portanto, de um juízo provisório, pois, nesta fase, não é necessário prova plena. Dessa forma, o grau de certeza somente é imprescindível no julgamento do mérito, tendo em vista que pode resultar na condenação do acusado. Nessa perspectiva, Nucci (2022, p. 372) dispõe que “não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, como regra, muito antes do julgamento de

mérito”.

Pertinente à existência do crime, Avena (2022) informa que se trata da documentação que demonstra que o fato que infringiu a norma penal realmente existiu. O referido autor alerta que a existência do crime e a sua materialidade não são expressões sinônimas. Argumenta, ainda, que “[...] todo crime está sujeito a ter sua existência atestada nos autos. Porém, apenas se deve falar em materialidade quando se trata de infrações que deixam vestígios” (ibid., p. 950). Nesse último caso, é imprescindível o exame de corpo de delito, direto ou indireto, conforme preceitua o art. 158 do CPP e, na impossibilidade, o suprimento da perícia pela prova testemunhal, nos termos do art. 167 do mesmo diploma legal, ou por qualquer outro meio de prova, exceto, por vedação expressa, a confissão. Assim, a existência do crime é uma expressão mais ampla que abrange os delitos com ou sem materialidade.

Concernente ao perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, introduzido no art. 312 por meio da Lei nº 13.964/2019, para Avena (2022, p. 951), é “absolutamente inócua a inovação legislativa em exame, pois não se constitui um novo fundamento da custódia, senão a versão englobante dos três já presentes na parte inicial do dispositivo”. Nucci (2022) ratifica tal entendimento ao estabelecer que o requisito em tela é muito vago, e que, na essência, não acrescenta nada ao que já estava posto.

Referente à ordem pública, justifica a decretação da prisão preventiva em razão da periculosidade do agente quando a sua liberdade gerar inquietação social fundada no receio de que retorne à prática delitiva (AVENA, 2022). Não se admite, nesse requisito, ilações abstratas, mas é necessária a efetiva demonstração da necessidade da restrição cautelar.

Nesse diapasão, Capez (2022, p. 130) informa que “a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva.”

De modo divergente, Avena (2022, p. 953) entende que “deve ser admitida a prisão preventiva em hipóteses de real e inequívoco abalo social provocado pela prática de crimes de extrema gravidade, visando-se, destarte, não apenas ao restabelecimento do sossego social, como também à própria credibilidade das instituições, sobretudo do Judiciário”.



Corroborando com o autor supracitado, Nucci (2022, p. 372) sustenta que, se o delito “for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente”.

Assim, verifica-se que, concernente à ordem pública, a doutrina diverge quanto à possibilidade de o clamor social decorrente da prática delitiva ser utilizado como fundamento para a decretação da prisão preventiva. De um lado, encontra-se Capez, que entende que tal fato não pode justificar, por si só, a medida cautelar. De outro, Avena e Nucci, que defendem a possibilidade diante de crimes extremamente graves e de acentuado impacto social. Dito isso, cumpre retornar ao detalhamento dos requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Referente à garantia da ordem econômica, Nucci (2022) entende que se trata de uma vertente da garantia da ordem pública, sendo somente mais específica, haja vista que, conforme Avena (2022, p. 953), relaciona-se aos crimes que objetivam “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante”, a exemplo dos crimes contra a economia popular estabelecidos na Lei nº 1.521/1951. Além de ser um crime contra a ordem econômica, é imprescindível que “a gravidade da infração, a repercussão social causada e a probabilidade de reiteração da conduta criminosa imponham a medida como fator de tranquilidade e restabelecimento da paz social” (AVENA, 2022, p. 954).

No que pertine à conveniência da instrução criminal, a medida em discussão deve ser decretada com o intuito de impedir que o agente obstrua a produção de provas, alicie testemunhas, destrua ou oculte elementos da investigação criminal (AVENA, 2022). Capez (2022) ressalta que, não obstante a lei utilizar o termo “conveniência”, tal palavra deve ser interpretada como “necessidade”, dada a natureza excepcional da medida constritiva em questão. Assim, na visão de Nucci (2022, p. 374), a “instrução criminal deve ser realizada de maneira esmerada, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real”.

Relativo à segurança da aplicação da lei penal, tal fundamento é utilizado para garantir a execução de pena imposta em eventual condenação. Não pode ser fundada em conjecturas

abstratas de uma possível fuga, sendo imprescindível a demonstração real da intenção de obstaculizar a reprimenda estatal (AVENA, 2022). Nessa direção, Nucci (2022, p. 375) delibera que a garantia de aplicação da lei criminal visa “proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal”.

Além do já exposto, há uma série de princípios que norteiam as medidas cautelares de modo geral. Dentre os quais, cabe citar, valendo-se dos ensinamentos de Lopes Jr. (2022), o da jurisdicionalidade e o da fundamentação. A jurisdicionalidade está disposta no art. 5º, LIV, da Constituição Federal (CF), o qual estabelece, em um breve panorama, que ninguém será preso sem o devido processo legal. No que diz respeito à fundamentação, há o dever genérico previsto no art. 93, IX, da CF. Ademais, o Pacote Anticrime incluiu no CPP, no art. 283, a necessidade de ordem escrita, individualizada e fundamentada da medida em apreciação. Além de que, conforme já explanado, exige-se justificativa no caso de não aplicação de medida restritiva diversa da privação de liberdade.

Nesse contexto, Nucci (2022) salienta que é inadmissível ao juiz repetir meramente os termos legais, sem especificar em quais fatos realmente sua decisão se baseia. No mesmo sentido, Lopes Jr. (2022) informa que a decisão de decretação da prisão em comento deve conter fundamentação de qualidade e adequada à natureza cautelar.

Nessa mesma esteira, o Pacote Anticrime inseriu no § 2º do art. 312 e no art. 315, ambos do CPP, a necessidade de que a decisão que decretar a prisão preventiva seja “motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Quanto ao excerto “fatos novos e contemporâneos” dos artigos supramencionados, Capez (2022, p. 118) defende que “a decretação de prisão cautelar e, especialmente, da prisão preventiva, por fato antigo, e, portanto, não contemporâneo, resulta em uma ilegal antecipação dos efeitos mais gravosos da sentença condenatória no âmbito criminal”. Avena (2022), diversamente, informa que, para o STF, não importa se o fato ilícito foi praticado há muito ou pouco tempo, sendo necessária a efetiva demonstração de que, independentemente do transcurso do tempo, continuam presentes os requisitos imprescindíveis ao deferimento e à manutenção da medida acautelatória em análise.



Desse modo, observa-se que há uma discordância quanto a isso. Para Capez, é essencial que os motivos ensejadores da prisão preventiva sejam recentes. Avena, por seu turno, ao citar a Suprema Corte, não considera importante o tempo em que o fato ocorreu, mas sim se, inobstante isso, permanecem presentes os motivos ensejadores para aplicação e continuidade da custódia cautelar em estudo.

No mais, uma vez presentes os pressupostos, requisitos e fundamentos autorizadores, a decretação da constrição em comento será admitida nas hipóteses do art. 313 do CPP, quais sejam, em crimes dolosos cuja pena máxima cominada seja a privativa de liberdade, na modalidade detenção ou reclusão, superior a quatro anos (exclui, assim, os crimes culposos e as contravenções penais); o agente ser reincidente em crime doloso; em crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. É cabível também quando existir dúvida fundada quanto à identificação civil do acusado.

De mais a mais, Avena (2022) esclarece que, para gerar reincidência em crime doloso, basta somente nova condenação transitada em julgado por outro crime de mesma natureza, independente se a penalidade aplicada for privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa.

Ademais, cumpre esclarecer que, conforme o art. 314 do CPP, a prisão preventiva não será decretada se as provas constantes dos autos demonstrarem que o agente agiu nas hipóteses dos incisos I, II e III do art. 23 do Código Penal (CP), isto é, amparado por alguma excludente de ilicitude. Avena (2022) e Nucci (2022) entendem que, com espeque na analogia a bonam partem, o mesmo entendimento se aplica às causas de exclusão da culpabilidade, ressaltando somente a relativa à inimputabilidade do agente prevista no art. 26 do CP, visto que, nesse caso, o agente, mesmo isento de pena, estará sujeito à aplicação de medida de segurança (art. 386, parágrafo único, III, do CPP, e art. 97 do CP). Assim, in casu, a periculosidade do agente pode ensejar a privação preventiva de sua liberdade por meio de internação.

Feitas as considerações pertinentes à prisão preventiva no ordenamento jurídico nacional, cumpre esclarecer que, antes da reforma promovida pela Lei 12.403/2011, era possível a sua decretação de ofício pela autoridade judiciária em qualquer etapa da persecução penal. Entretanto, com a redação dada pela referida lei ao art. 311 do CPP, a decretação dessa



medida cautelar passou a ser permitida somente na fase judicial (MARCÃO, 2021). Atualmente, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 (o Pacote Anticrime) no art. 311 do CPP, tal medida constritiva não pode mais ser decretada ex officio pelo judiciário, tanto na fase investigativa quanto na fase judicial.

Assim, não obstante a decretação da prisão em tela, em qualquer fase da persecução criminal, continue sendo privativa da autoridade judiciária, somente pode ocorrer mediante requerimento do parquet, do querelante ou do seu assistente, ou por representação da autoridade policial.

Contudo, considerando que o Pacote Anticrime não versou acerca do art. 20 da Lei Maria da Penha, não houve a sua revogação expressa. Em razão disso, tem-se no ordenamento jurídico duas normas, a princípio, conflitantes, havendo, portanto, dúvida sobre a possibilidade jurídica da decretação da prisão preventiva de ofício pela autoridade judiciária no contexto de aplicação da citada lei.

In casu, aplica-se o art. 311 do CPP alterado pelo Pacote Anticrime, reforçando, em decorrência, o sistema acusatório, ou o art. 20 da Lei Maria da Penha, em respeito ao critério da especialidade? Visando encontrar uma resposta à indagação retrocitada, o tópico a seguir abordará, de partida, os conflitos existentes entre as normas jurídicas, perpassando sobre os critérios de solução, culminando no princípio da especialidade. Em sequência, serão tratados os principais sistemas processuais penais mencionados pela doutrina, delineando o sistema acusatório, o qual estabelece as diretrizes que fundamentam o sistema jurídico pátrio. Por fim, será explanado acerca da visão da doutrina sobre a vigência e a aplicabilidade do art. 20 da Lei Maria da Penha, diante da mencionada alteração no código processual penal, concatenando os pontos anteriormente indicados.

3 VIGÊNCIA E APLICABILIDADE DO ART. 20 DA LEI Nº 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA), A PARTIR DO PACOTE ANTICRIME, À LUZ DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE E DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Antes de versar acerca da prisão preventiva de ofício na Lei Maria da Penha frente às alterações promovidas pelo Pacote Anticrime no Código Processual Penal, faz-se necessário explanar, como citado no encerramento do tópico anterior, sobre os critérios utilizados para

dirimir as antinomias jurídicas, com enfoque no da especialidade, bem como sobre os sistemas processuais penais existentes, mormente o que norteia o ordenamento legal nacional.

3.1 O CONFLITO DE NORMAS E O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Para que haja coerência e consistência no sistema jurídico, é necessário que não exista contradição entre seus elementos. É nesse contexto que o estudo sobre as antinomias jurídicas ganha relevo (SOARES, 2019). As antinomias jurídicas ocorrem

quando diferentes normas do mesmo ordenamento jurídico, válidas e aplicáveis ao mesmo tempo e no mesmo caso, permitem e proíbem um mesmo comportamento, o que suscita uma situação de indecidibilidade que requer uma pronta solução do aplicador do direito. [...] trata-se de uma oposição que sucede entre, ao menos, duas normas jurídicas contraditórias total ou parcialmente, emanadas de autoridades competentes, no mesmo âmbito normativo de um sistema jurídico (SOARES, 2019, p. 126).

De acordo com Iamundo (2017), as antinomias se dividem em próprias e em impróprias. Nas próprias, uma norma proíbe enquanto outra faculta. Nas impróprias, a disparidade está nos valores sociais, morais, nos objetivos ou nos termos utilizados. Para resolver as referidas divergências, deverão ser utilizados, conforme Soares (2019), os seguintes critérios de solução: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

Soares (2019) explica que, pelo critério hierárquico, considerando que o nosso ordenamento jurídico é piramidal e hierarquizado, as normas localizadas em nível superior prevalecerão sobre as localizadas em nível inferior.

O critério cronológico, por sua vez, é utilizado quando há conflito entre normas de mesmo nível hierárquico, porém editadas em momentos diversos. Nesse caso, a norma promulgada posteriormente subsistirá frente à norma anterior (SOARES, 2019). Camillo (2019, p. 244) reforça que esse critério está positivado na segunda parte do caput do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que assim dispõe: “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

Ademais, Soares (2019) explica que o critério da especialidade se aplica aos casos em que há contradição entre duas normas que tratam do mesmo tema, porém uma regula de forma geral e a outra de modo específico. Nesse âmbito, caso as normas estejam em uma mesma

hierarquia, será considerada a norma especial.

Assim, verifica-se que, para a solução das dissonâncias jurídicas, a doutrina apresenta três critérios que, consoante Rodrigues e Lamy (2023), podem ser aplicados tanto de maneira individualizada quanto de forma simultânea. No caso de aplicação concomitante, os referidos autores defendem que o critério hierárquico sempre irá suplantar os demais. No mais, asseveram que o critério da especialidade precede o cronológico e, este, por seu turno, só é utilizado quando as normas estiverem na mesma hierarquia e ambas forem ou gerais ou especiais.

Isso posto, cumpre reforçar que a antinomia estudada na presente pesquisa é a existente entre o art. 311 do Código de Processo Penal, alterado pelo Pacote Anticrime, e o art. 20 da Lei Maria da Penha. Melhor dizendo, há uma antinomia própria, decorrente de um conflito entre normas de mesma hierarquia, sendo a primeira geral e a segunda especial. Nesse sentido, Nucci (2022, p. 40), de maneira abrangente (não tratando especificamente da lei especial em discussão), assevera que “quando lei especial regular um procedimento diverso do previsto no CPP, pelo princípio da especialidade, aplica-se àquela e somente em caráter subsidiário este último”.

Ante o exposto, pelo critério da especialidade, a norma especial deve sobrepujar a geral. Desse modo, de forma simplória, chega-se à conclusão de que o art. 20 da lei especial em comento deve prevalecer frente ao disciplinado sobre o mesmo tema no referido Código Processual. No entanto, o sistema jurídico é um todo integrado e não pode ser visto ou interpretado de modo isolado. Diante disso, indaga-se: essa conclusão está de acordo com o sistema processual penal que norteia, em regra, a fase judicial da persecução penal brasileira? Nessa senda, é importante trazer à discussão os sistemas processuais penais, os quais serão tratados no próximo item.

3.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Os autores processualistas penais, geralmente, relatam a existência de três sistemas processuais penais, a saber: o inquisitivo, o acusatório e o misto.

O sistema inquisitivo, na concepção de Capez (2022), é aquele que é sigiloso, sempre escrito e que conjuga em uma única pessoa as funções de acusação, de defesa e de julgamento.



Já no sistema acusatório, conforme informa Nucci (2022), há nítida separação entre o órgão acusatório e o julgador. Nesse caso, há liberdade de acusação e de defesa, bem como isonomia entre as partes. Nesse contexto, para Capez (2022), o sistema acusatório é caracterizado pelas seguintes garantias e princípios constitucionais:

da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). [...] do contraditório (CF, art. 5º, LV), da oralidade, da verdade real, do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII), da oficialidade, da indisponibilidade do processo, da publicidade (CPP, art. 792; tal princípio não é absoluto, sofrendo restrições como as do § 1º do referido art. 792), do juiz natural e da iniciativa das partes (CAPEZ, 2022, p. 35 e p. 209).

No sistema misto, a seu turno, há, de acordo com Nucci (2022, p. 28), divisão do processo em duas grandes fases, quais sejam, “a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório.” Na mesma linha de pensamento, Capez (2022) relata que, nesse sistema, há uma fase inicial inquisitiva e uma fase final acusatória.

Por derradeiro, Nucci (2022) adverte que os ordenamentos jurídicos que adotam a prática acusatória ainda mantêm, como regra, alguns aspectos inquisitoriais. Dessa forma, Nucci (2022), citando Gilberto Lozzi, conclui que, na maioria dos ordenamentos jurídicos atuais, não se pode falar em sistema acusatório puro, existindo somente um sistema misto.

Dessa forma, nota-se que, em razão de suas características distintas, a escolha de um sistema processual penal - seja inquisitivo, acusatório ou misto - por um ordenamento jurídico, implicará, substancialmente, na forma em que os processos penais serão regidos. Como será tratado no tópico a seguir, em que pese a existência de divergência doutrinária, o entendimento prevalente é de que no país vige o sistema acusatório. Passemos, pois, ao estudo do sistema processual criminal nacional e a repercussão disso sobre o presente estudo.

3.2.1 Sistema processual penal pátrio

Avena (2022) alerta que, na doutrina e na jurisprudência, é controvertida a temática



relacionada ao sistema processual penal adotado no país. Alguns autores apontam o sistema acusatório, ao passo que, outros, o sistema inquisitivo garantista ou misto.

Para os autores que defendem a primeira corrente, a adoção do modelo acusatório está evidente na Constituição Federal, a exemplo da necessidade, consoante Avena (2022, p. 11), “de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX) e as garantias da isonomia processual (art. 5.º, I), do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII), do devido processo legal (art. 5.º, LIV), do contraditório, da ampla defesa (art. 5.º, LV) e da presunção de inocência (art. 5.º, LVII)”.

De modo diverso, os que defendem a segunda concepção, na visão de Avena (2022), indicam que, apesar de a Constituição da República vigente ter introduzido regras do sistema acusatório, o sistema infraconstitucional brasileiro ainda guarda resquícios do sistema inquisitorial, a exemplo da possibilidade de o juiz produzir provas de ofício, nos termos do art. 156 do CPP.

Dito isso, pertinente destacar que Avena (2022) se filia à primeira acepção, isto é, que vige efetivamente o sistema acusatório no país, tendo tal posicionamento, segundo ele, respaldo em decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nessa perspectiva, o autor sustenta que os dispositivos inquisitoriais previstos na legislação infraconstitucional devem ou ser considerados inconstitucionais ou ser interpretados conforme a Constituição Federal.

Nesse cenário, o que não se admite, conforme o mesmo autor, é a coexistência de ambos os modelos - sistema inquisitivo na legislação infraconstitucional e o sistema acusatório assegurado constitucionalmente. Depreende-se, portanto, que Avena (2022) não reconhece a possibilidade jurídica da existência do sistema misto. Na mesma linha de pensamento, Capez (2022) defende que o sistema vigente no ordenamento jurídico brasileiro é o acusatório.

Em contrapartida, Nucci (2022) informa que, apesar de a Constituição da República estabelecer diversos princípios processuais penais que apontam para o sistema acusatório, não traz como obrigatória a adoção desse sistema. Dessa forma, ressalta que, no ordenamento jurídico brasileiro, quem estabelece realmente as regras processuais penais é o Código de Processo Penal. Esse, por sua vez, em que pese a reforma produzida pela Lei 13.964/2019 ter reforçado a sua estrutura acusatória, não foi o suficiente para atingir um sistema puro. Portanto,

na concepção desse doutrinador, o sistema acusatório é mitigado no nosso ordenamento legal, uma vez que “continuam todos os poderes instrutórios do magistrado, durante o processo, agindo de ofício em variadas situações” (NUCCI, 2022, p. 29). Em vista disso, depreende-se que Nucci defende a existência, nacionalmente, de um sistema processual penal misto.

Nesse aspecto, Marcão (2022, p. 40), em contraponto, defende que, “embora evidente a promíscua interferência inquisitiva, não se pode negar a preponderância das regras delineadoras do sistema acusatório”, e, corroborando com Avena (2022) e Capez (2022), conclui que “as contaminações inquisitivas não chegam ao ponto de tornar o sistema híbrido ou misto” (MARCÃO, 2022, p. 40). Dessarte, em razão do exposto, “é certo afirmar que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal adotam o sistema de processo penal acusatório” (MARCÃO, 2022, p. 40). Assim, é possível verificar que, não obstante a existência de entendimento diverso, o sistema processual criminal adotado no país é o acusatório.

Feitas as considerações supramencionadas e retornando ao objeto da pesquisa, verifica-se, a priori, que a manutenção da possibilidade da decretação de ofício da prisão preventiva pelo judiciário no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha, em qualquer fase da persecução penal, mesmo que assentado no princípio da especialidade, fere o sistema processual penal existente no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o acusatório. Assim, indaga-se: a doutrina e a jurisprudência brasileiras, para resolver a celeuma em comento, estão primando pelo princípio da especialidade ou considerando o sistema acusatório? No item a seguir e no tópico vindouro, essa questão será tratada.

3.3 VIGÊNCIA E APLICABILIDADE DO ART. 20 DA LEI Nº 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA)

Duarte (2022) levanta a dissonância objeto deste trabalho. Aduz, inicialmente, que a Lei Maria da Penha se trata de uma lei especial e que, com espeque no princípio da especialidade, deve ser aplicada frente à norma de caráter geral. Considerando isso e por expressa previsão legal, verifica-se que a prisão preventiva de ofício é autorizada no contexto da Lei Maria da Penha, inclusive na fase investigativa. No entanto, posteriormente, levanta a existência de princípios penais divergentes ao entendimento outrora exposto, como o do contraditório e o da ampla defesa, bem como o sistema acusatório.



Nesse prisma, o mesmo autor afirma que “pode-se vislumbrar que o juiz poderá determinar a medida cautelar de ofício, em qualquer fase do procedimento, seguindo a literalidade da lei. Por outro lado, [...] o juiz não poderá decretar a prisão preventiva de ofício, por ferir o devido processo legal e o sistema acusatório” (DUARTE, 2022, p. 97). Isso posto, cumpre citar que o autor em questão se limitou a apontar a divergência ora estudada, não se posicionando a respeito. De modo semelhante, Nucci e Capez, em seus manuais de processos penais publicados em 2022, apesar de a alteração legislativa em tela no CPP ter ocorrido em 2019, com vigência a partir de 2020, não se posicionaram acerca da disparidade em tela.

Em contrapartida, Avena (2022) aborda a temática em evidência. Informa que, caso a infração seja cometida com violência doméstica e familiar contra a mulher, “parte da doutrina sustenta, com base no art. 20 da Lei 11.340/2006, que persiste, neste caso, em prol da mulher ofendida, a legitimidade ex officio do juiz para decretar a prisão preventiva” (AVENA, 2022, p. 877). No entanto, salienta que impera o entendimento contrário, isto é, o “de que o referido dispositivo da Lei Maria da Penha foi tacitamente revogado pela nova redação do art. 311 do CPP, não sendo possível, então, também nesta hipótese, o magistrado agir de ofício.” (AVENA, 2022, p. 877).

No âmbito dessa discussão, Cavalcante (2021) adverte que a redação do art. 20 da Lei nº 11.340/2006, formalmente inalterada até os dias atuais, praticamente reproduziu o que constava, na época, no art. 311 do CPP. A mesma autora ratifica que a Lei 12.403/2011 deu nova redação ao citado artigo do código processual penal, o qual passou a prever, como já citado, a possibilidade da decretação de ofício pelo juiz da prisão preventiva somente no curso do processo penal, estando condicionada, no inquérito policial, à representação da autoridade policial ou de requerimento do representante do Órgão Acusatório. Desse modo, Cavalcante (2021) afirma que a redação dada ao art. 20 da Lei 11.340/2006 deveria estar harmonizada ao disposto no art. 311 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011.

Nessa conjuntura, cumpre citar que o art. 311 do aludido Código Processual foi alterado novamente, desta vez, pelo Pacote Anticrime, o qual passou a vedar completamente a decretação da prisão preventiva de ofício pela autoridade judiciária em qualquer fase da persecução penal. Cavalcante (2021) entende que essa mudança também deve ser aplicada ao



art. 20 da Lei 11.340/2006, isto é, a redação do referido art. 20 deve ser novamente compatibilizada à nova redação do artigo 311 do CPP. Para a autora em questão, isso se deve ao fato de que o citado art. 20, apesar de inserido em lei especial, apenas reproduziu a redação original do art. 311 do CPP. Assim, não é caso de aplicação do princípio da especialidade.

Dessa forma, verifica-se que a autora supracitada fundamenta sua visão de forma diversa da doutrina tradicional. Avena (2022) aponta, como abordado alhures, que a doutrina se divide hodiernamente em duas posições: a de que o art. 20 da Lei Maria da Penha continua vigente e aplicável, em respeito ao princípio da especialidade; e a de que o art. 20 da lei especial em tela perdeu sua vigência e aplicabilidade diante da citada alteração ocorrida no código de processo penal, em observância ao sistema acusatório. Cavalcanti (2021), por sua vez, defende que a redação dada ao art. 20 da Lei Maria da Penha deve ser compatibilizada ao disposto no art. 311 do CPP, alterado pelo Pacote Anticrime, de modo que não há mais possibilidade de decretação de ofício de custódia cautelar no contexto da Lei Maria da Penha, tendo em vista que, em que pese essa lei ser especial, o seu art. 20 se limitou meramente a reproduzir a norma geral.

Em adição, é pertinente citar que a Nota Técnica 5/2021, do Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal (CIJDF)⁴, de forma antagônica, entendeu pela inaplicabilidade das alterações proporcionadas pelo Pacote Anticrime no art. 311 do CPP à citada lei especial, tendo em vista o critério da especialidade. Seguindo a mesma perspectiva, o Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em sua XI edição, emitiu o Enunciado 51 (XI, 2023), que dispõe que “O art. 20 da LMP não foi revogado tacitamente pelas modificações do CPP, ante o princípio da especialidade”.

Em razão do exposto, de forma geral, verifica-se que a doutrina tende a priorizar o sistema acusatório, ao passo que os Juízos que atuam na área da violência doméstica e familiar no país tendem a primar pelo princípio da especialidade, entendendo o primeiro pela aplicabilidade e o segundo pela inaplicabilidade do art. 311 do CPP, com redação dada pelo

⁴ As Notas Técnicas emitidas pelo Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal são produto de estudos sobre temas controvertidos e tem por finalidade apresentar insumos aos magistrados na atuação jurisdicional, sem olvidar a independência funcional e o livre convencimento, posto não possuem qualquer efeito vinculante (Nota Técnica 5, CIJDF, p. 1 e 2).



Pacote Anticrime, ao art. 20 da Lei Maria da Penha. Isso posto, será tratado no próximo tópico sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça acerca da temática em apreciação.

4 DA (IM)POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA DO AGRESSOR, EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, FACE ÀS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI Nº 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME): UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PÁTRIOS

Precipuamente, cumpre reforçar que foi realizada uma pesquisa jurisprudencial no Sítio Eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) utilizando como parâmetro de busca as expressões “Prisão preventiva de ofício”, “Art. 20 da Lei Maria da Penha” e “Art. 20 da Lei nº 11.340/2006”. A pesquisa foi limitada a acórdãos julgados no período de 23/01/2020 a 31/03/2023.

Ao pesquisar pela expressão “Prisão preventiva de ofício”, foram encontrados 32 (trinta e dois) acórdãos do STF e 47 (quarenta e sete) acórdãos do STJ. Ao utilizar a proposição “Art. 20 da Lei Maria da Penha”, foi localizado somente 1 (um) Acórdão do STF. No tocante à frase “Art. 20 da Lei 11.340/2006”, a pesquisa não retornou dados. Não houve duplicidade nos resultados, de modo que a pesquisa localizou um total de 33 acórdãos do STF e de 47 acórdãos do STJ. Depois foi realizada uma análise qualitativa dos acórdãos, cujo resultado será exposto a seguir.

4.1 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os 32 acórdãos encontrados ao pesquisar o primeiro termo versaram sobre a prisão preventiva de ofício de forma geral. O referido tribunal nos julgados em discussão manteve, em suma, o entendimento de que, em razão do sistema acusatório, não há mais a possibilidade jurídica da decretação da prisão preventiva de ofício pelo Judiciário no ordenamento jurídico pátrio, mormente diante da alteração promovida pelo Pacote Anticrime no art. 311 do Código de Processo Penal.

Nessa senda, cumpre citar, como exemplo, o Agravo Regimental no Agravo Regimental



PRISÃO PREVENTIVA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA

PREVENTIVE DETENTION AND THE MARIA DA PENHA LAW: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ON THE LEGAL (IM)POSSIBILITY OF DECRET OF OFFICIAL OFFICE BY THE JUDICIAL AUTHORITY

no Habeas Corpus 191886 Paraná, de 14/12/2021 (BRASIL, 2021a), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. No aludido Agravo, o Ministro relator entendeu, em síntese, que há manifesta ilegalidade em relação à conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva, por ofensa ao Sistema Acusatório.

Na manifestação do seu voto, o citado relator fundamentou, resumidamente, que, da análise da doutrina pátria e dos precedentes do STF, é possível chegar às seguintes conclusões: o sistema acusatório é uma imposição constitucional, o qual pressupõe clara divisão entre as funções de investigar/acusar, de defender e de julgar. Assim, o mencionado relator concluiu, cujo entendimento foi seguido pelos demais ministros, que “nos termos dos arts. 311 e 282, parágrafos 2º e 4º, do CPP, em conformidade com o sistema acusatório e a imparcialidade judicial impostos constitucional e convencionalmente, não se pode admitir a decretação da prisão preventiva de ofício, mesmo que se trate da denominada conversão da prisão em flagrante (art. 310, II, CPP)” (BRASIL, 2021a, p. 10).

No mesmo diapasão, importante citar o seguinte excerto do voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes, no Agravo Regimental no Habeas Corpus 192532 Goiás, de 24/02/2021 (BRASIL, 2021b): “resta evidente que a reforma realizada pela Lei nº 13.964/2019 suprimiu o poder do juiz de decretar medidas cautelares de ofício, em sentido adequado aos termos constitucionais para proteção do sistema acusatório” (BRASIL, 2021b, p. 11).

Na mesma linha de pensamento, merece menção ainda o Habeas Corpus 188888 Minas Gerais, de 06/10/2020, de relatoria do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2020a). No voto, o relator defendeu que a reforma implementada pela Lei Anticrime alterou a disciplina referente às medidas cautelares, sobretudo, as de caráter pessoal, preservando, de modo mais evidente, as características essenciais imanentes à estrutura acusatória do processo criminal brasileiro. Asseverou, ainda, que

a Lei 13.964/2019, ao suprimir a expressão ‘de ofício’ que constava do art. 282, parágrafos 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio ‘requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público’, não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação ‘ex officio’ do juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade (BRASIL, 2020a, p. 21).



Isso posto, cabe ressaltar que o relator do julgado supracitado concluiu que a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no Código de Processo Penal vedou absolutamente a decretação da prisão preventiva de ofício no ordenamento legal nacional. Diante disso, indaga-se: tal afirmação, por si só, é suficiente para inferir que o julgado em tela se estende ao âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha?

Em razão do supra exposto, da análise dos acórdãos localizados ao pesquisar o primeiro termo, verifica-se, conforme exemplos supracitados, que não há divergência doutrinária ou jurisprudencial quanto à impossibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício, em um contexto geral, pela autoridade judiciária, notadamente, após a vigência do Pacote Anticrime. No entanto, o objeto de estudo da presente pesquisa não é analisar a regra geral, uma vez que não há discordância jurídica em relação a isso, mas a (im)possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício em um contexto específico, qual seja, no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha, o que não foi tratado de forma direta nos acórdãos localizados ao pesquisar a primeira expressão.

De mais a mais, ao pesquisar o termo “Art. 20 da Lei Maria da Penha”, localizou-se o Agravo Regimental no Habeas Corpus 193940 Distrito Federal, de 07/12/2020, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2020b). De sua análise, é possível extrair que o agravante pleiteou, em via recursal, o reconhecimento da incompetência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar para processar e julgar a demanda, isto é, não houve a discussão de fato sobre a prisão preventiva de ofício na alçada da Lei 11.340/2006.

O que ocorreu, no caso supramencionado, foi que houve a reprodução no aludido acórdão da decisão proferida pelo Juízo a quo, na qual o réu foi advertido de que o descumprimento das medidas determinadas poderia ensejar a decretação de sua prisão preventiva nos termos do art. 20 da lei em comento. Assim, o acórdão não trata da temática em apreciação. No mais, como já dito, não houve resultados ao pesquisar a terceira expressão.

Isso posto, verifica-se que nenhum dos 33 acórdãos do STF encontrados trataram sobre o objeto desta pesquisa, qual seja, a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha, de modo que não foi possível verificar a posição do referido Tribunal Superior a respeito.

4.2 POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dos 47 acórdãos localizados ao utilizar o primeiro filtro de pesquisa, dois tratavam sobre a prisão preventiva de ofício no contexto de aplicação da Lei Maria da Penha. Quanto aos demais, tratavam sobre a questão de forma genérica, tendo sido manifestado o mesmo entendimento do STF, qual seja, de que não há possibilidade da decretação da segregação preventiva de ofício pelo judiciário no ordenamento jurídico pátrio. Passemos, pois, à discussão dos casos específicos.

O primeiro se trata dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 705436 - RS, de relatoria do Ministro Olindo Menezes, de 19/04/2022 (BRASIL, 2022a). Compulsando o julgado, observa-se que o paciente foi preso de forma preventiva em razão da prática de delito de violência no contexto doméstico. O impetrante, em suma, asseverou que houve ilegalidade na conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva, requerendo, pois, a concessão da liberdade provisória.

No caso em análise, o colegiado de origem, ao fundamentar a decisão, informou que desconhecia controvérsia sobre o tema e que, por isso, em seus julgados, manifestava-se pela legalidade da decretação da segregação preventiva de ofício pelo juízo processante, nos crimes praticados no contexto da violência doméstica, com supedâneo no art. 20 da Lei nº 11.340/2006. Em que pese isso, destacou que, in casu, o Ministério Público, após a decretação da prisão preventiva de ofício, manifestou-se de forma favorável à referida medida cautelar, de modo que eventual ilegalidade restou suprida.

No entanto, a decisão embargada se posicionou de forma contrária ao colegiado de origem, ao verificar que houve ilegalidade, tendo em vista que a conversão da prisão em flagrante em preventiva ocorreu após a vigência do Pacote Anticrime e que, nos autos, não constava nenhum pedido do parquet ou da autoridade policial, em dissonância, portanto, com o art. 311 do Código de Processo Penal, utilizando, inclusive, o HC 188888 do STF (abordado no item anterior) para fundamentar a decisão.

No mais, cumpre ressaltar que os embargos de declaração ora analisados foram rejeitados sob o fundamento de não haver vício - ambiguidade, obscuridade, contradição ou



PRISÃO PREVENTIVA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA

PREVENTIVE DETENTION AND THE MARIA DA PENHA LAW: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ON THE LEGAL (IM)POSSIBILITY OF DECRET OF OFFICIAL OFFICE BY THE JUDICIAL AUTHORITY

omissão - passível de saneamento, porém, o relator sustentou - cujo entendimento foi seguido pelos demais ministros - que a prisão preventiva de ofício não é mais admitida no Sistema Processual Penal com as alterações proporcionadas no art. 311 do CPP pela Lei nº 13.964/2019. Concluindo que tal alteração “reconduz o sistema mais ainda aos ditames do princípio acusatório, não podendo conviver com leis esparsas que ainda a contemplem, como a do art. 20 da Lei 11.340/2006” (BRASIL, 2022a, p. 15).

O segundo Acórdão do STJ elegido para a pesquisa foi o recurso no Habeas Corpus 145225 - RO, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, de 15/02/2022 (BRASIL, 2022b). Em síntese, o parquet requereu a conversão da segregação em flagrante em cautelares diversas, no entanto, o Juízo decretou a cautelar máxima. A defesa, então, pugnou pela ilegalidade da coação, via Habeas Corpus, sob o fundamento, dentre outros, de que o juiz agiu de ofício, pleiteando, por consequência, o deferimento da liberdade provisória ou a aplicação de outra medida cautelar ao paciente.

Apreciando a questão, o Tribunal de Justiça de Rondônia denegou a ordem sob a justificativa, entre outras, de que há possibilidade da decretação da prisão preventiva pelo juiz ao caso, uma vez que a questão é regulada pelo art. 20 da Lei Maria da Penha, que traz tal previsão. Reforçou, ainda, que, apesar do advento do Pacote Anticrime, não houve modificação normativa pertinente às prisões decorrentes de violência doméstica. Todavia, no exame do caso, o Superior Tribunal de Justiça apresentou entendimento divergente, cujo trecho será a seguir transcrito:

não se justificaria uma atuação ex officio do Magistrado por se tratar de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, com fundamento no princípio da especialidade. Não obstante o art. 20 da Lei n. 11.340/2006 ainda autorize a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz de direito, tal disposição destoa do atual regime jurídico. A atuação do juiz de ofício é vedada independentemente do delito praticado ou de sua gravidade, ainda que seja de natureza hedionda, e deve repercutir no âmbito da violência doméstica e familiar (BRASIL, 2022b, p. 8).

Isso posto, importante ressaltar que, em que pese o entendimento supra exposto, o recurso restou improvido no STJ, tendo em vista que o Tribunal Superior em tela entendeu que, in casu, não houve um agir de ofício pela autoridade judiciária, visto que, uma vez requerida

uma medida cautelar de caráter pessoal pelo Ministério Público, pelo ofendido ou pela autoridade policial, o juiz pode, ao analisar o caso concreto, aplicar medida diversa. Em uma interpretação a contrario sensu, depreende-se que, caso a atuação do magistrado fosse interpretada como um agir ex officio, o recurso teria sido provido, com o consequente relaxamento da prisão, que seria considerada ilegal.

Assim, observa-se que os dois acórdãos que tratam sobre a questão se posicionaram pela impossibilidade de decretação da custódia cautelar de ofício pela autoridade judiciária no contexto de aplicação da Lei Maria da Penha, sob a argumentação de que, no ordenamento jurídico brasileiro, vige o sistema acusatório, estrutura essa reforçada pelo Pacote Anticrime. Desse modo, não obstante não ter havido a revogação expressa ou a alteração formal do art. 20 da lei especial em comento, não teve vigência e aplicabilidade nos casos em apreço.

No mais, cabe informar que não foram encontrados acórdãos no âmbito do STJ ao pesquisar pelas outras duas expressões, “Art. 20 da Lei Maria da Penha” e “Art. 20 da Lei Maria da Penha”, o que pode indicar algum erro nos sistemas de busca de jurisprudência do tribunal, tendo em vista que a última proposição consta dos Acórdãos anteriormente analisados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Pacote Anticrime alterou significativamente o sistema processual penal brasileiro. Dessas alterações, tornou-se proeminente a ocorrida no art. 311 do Código de Processo Penal, que retirou completamente a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pela autoridade judiciária. No entanto, nada versou sobre o artigo 20 da Lei Maria da Penha, de modo que ainda permanece vigente a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo judiciário ao agente que pratique conduta tipificada pela citada lei especial.

A lei em questão é um importante marco no Direito Brasileiro, uma vez que cria mecanismos com o objetivo de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, tem o condão de proteger a ordem jurídica, por meio da proteção à mulher, de modo que é preciso que se dê visibilidade ao tema.

Diante disso, surgem algumas indagações: a omissão do legislador no Pacote Anticrime quanto ao art. 20 da Lei Maria da Penha se trata de uma atecnia? Ou ocorreu de forma proposital,

uma vez que impedir a decretação da prisão preventiva de ofício pelo judiciário do agressor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, seria uma forma de mitigar o alcance da finalidade da lei?

Fato é que, independentemente da intenção do legislador, tem-se duas normas conflitantes, de modo que a aplicação de uma no caso concreto importa na não aplicação da outra. Assim, urge resolver a antinomia exposta, com vistas a salvaguardar a segurança jurídica. Assim, como os tribunais superiores são os responsáveis pela uniformização da jurisprudência no país e pela produção de precedentes que devem ser observados por todo o judiciário e pela Administração Pública, o escopo da pesquisa foi analisar os acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática em comento, no período desde a entrada em vigor do Pacote Anticrime, isto é, desde 23/01/2020, até 31/03/2023.

Assim, com vistas a oferecer subsídios à presente pesquisa, verificou-se, de forma antecedente à exposição do resultado, a concepção da doutrina pátria sobre o assunto. Com a mesma finalidade, conceituou-se e apresentou-se os principais requisitos, princípios e fundamentos jurídicos, conforme o caso, de diversos institutos indispensáveis às discussões empreendidas, que foi o caso da prisão preventiva de forma geral, do critério da especialidade e do sistema acusatório.

Ademais, ao analisar os critérios de resolução das antinomias jurídicas, inferiu-se, a priori, que o critério da especialidade seria o adequado para dirimir a referida divergência, tendo-se como consectário lógico a possibilidade jurídica de decretação da prisão preventiva de ofício pelo judiciário no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha. No entanto, ao analisar a doutrina pátria, verificou-se que o entendimento prevalecente é no sentido contrário, isto é, pela impossibilidade jurídica. Além disso, com vistas a subsidiar mais ainda a análise, apresentou-se a posição do Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal e do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em sua XI edição, os quais pugnaram pela possibilidade jurídica em respeito ao princípio da especialidade.

No mais, a pesquisa nos tribunais superiores não foi conclusiva. Na pesquisa realizada no STF, não foram localizados acórdãos que versem especificamente sobre a divergência em tela. No âmbito do STJ, localizou-se somente dois acórdãos que tratam sobre a temática. Dessa



forma, em razão de, até o momento, existir um número inexpressivo de acórdãos versando sobre o tema, não se pode afirmar que o entendimento dos Tribunais Superiores tenha se consolidado em algum sentido.

Em vista do exposto, inobstante a inegável relevância do presente estudo para o avanço das discussões sobre a temática, verifica-se que foi inconclusiva no sentido de resolver o referido conflito. Isso se deve ao fato de que ainda há poucos julgados no âmbito dos tribunais superiores sobre a questão. Assim, evidencia-se a necessidade de que outras pesquisas semelhantes sejam realizadas no futuro.

Por fim, em que pese não tenha se chegado a uma conclusão de fato, é possível inferir, até o momento, tanto pela análise dos acórdãos que versam sobre a questão no contexto de aplicação da Lei Maria da Penha, quanto dos acórdãos que tratam sobre a decretação de ofício da prisão preventiva de forma mais abrangente, que há uma tendência de que a jurisprudência dos tribunais superiores pátrios privilegiem o sistema acusatório, em detrimento do princípio da especialidade, e, em virtude disso, posicionem-se pela impossibilidade da decretação da referida custódia cautelar em qualquer contexto, dentre esses, no da Lei Maria da Penha.

6 REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Código de Processo Penal, Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão 188888/2020**. Relator: Min. Celso de Mello, 06



PRISÃO PREVENTIVA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA

PREVENTIVE DETENTION AND THE MARIA DA PENHA LAW: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ON THE LEGAL (IM)POSSIBILITY OF DECRET OF OFFICIAL OFFICE BY THE JUDICIAL AUTHORITY

de outubro de 2020a. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754666552>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão 193940/2020**. Relator: Min. Cármen Lúcia, 07 de dezembro de 2020b. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754624040>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão 191886/2021**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 de dezembro de 2021a. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758921839>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão 192532/2021**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de fevereiro de 2021b. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755191978>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão 145225/2022**. Relator: Min. Rogério Shietti Cruz, 15 de fevereiro de 2022a. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103592114&dt_publicacao=22/04/2022. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão 705436/2022**. Relator: Min. Olindo Menezes, 19 de abril de 2022b. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100978596&dt_publicacao=22/03/2022. Acesso em: 10 maio 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. O Pacote Anticrime e a Lei Maria da Penha: reflexos das reformas procedimentais e na esfera de liberdade dos envolvidos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, n. 57, p. 107-120, jan./mar., 2021. Disponível em:
https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_05_o%20pacote%20anticrime%20e%20a%20lei%20maria%20da%20penha.pdf?d=637437203657173456
Acesso em: 15 abr. 2023.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **Manual da Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Almedina, 2019.

CENTRO DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Nota Técnica 5**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/notas-tecnicas/nota-tecnica-5-2021.pdf/view>. Acesso em: 16 abr. 2023.



PRISÃO PREVENTIVA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA

PREVENTIVE DETENTION AND THE MARIA DA PENHA LAW: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ON THE LEGAL (IM)POSSIBILITY OF DECRET OF OFFICIAL OFFICE BY THE JUDICIAL AUTHORITY

DUARTE, Luís Roberto Cavalieri. **Violência doméstica e familiar: processo penal psicoeducativo**. São Paulo: Almedina, 2022.

IAMUNDO, Eduardo. **Hermenêutica e hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30. ed. Barueri: Atlas, 2023.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. Barueri: Atlas, 2023.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

XI FÓRUM NACIONAL DE JUÍZAS E JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. **Enunciado 51**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/forum-nacional-de-juizes-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-fonavid/enunciados/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

Recebido em 20/11/2023

Aceito em 22/11/2023