

Thomas Bustamante
Rafael Mafei Rabelo Queiroz
Danyelle Reis Carvalho
Victor Doering Xavier da Silveira
organização

Separação de Poderes, Estado de Direito e Democracia

*Anais do IV Congresso Internacional de Direito Constitucional e
Filosofia Política
volume 1*

 **CAPES**

 **CNPq**

 **FAPESP**

INITIA VIA
EDITORA

Thomas Bustamante
Rafael Mafei Rabelo Queiroz
Danyelle Reis Carvalho
Victor Doering Xavier da Silveira
Organização

Separação de poderes, Estado de Direito e Democracia

*Anais do IV Congresso Internacional de Direito Constitucional e
Filosofia Política (São Paulo, 2020), Volume 1.*

INITIA VIA
EDITORA

Belo Horizonte
2021

SEPARAÇÃO DOS PODERES, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

Anais do IV Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política

Volume. 1

*Thomas Bustamante, Rafael Mafei Rabelo Queiroz
Danyelle Reis Carvalho, Victor Doering Xavier da Silveira
Organização*

1ª edição digital [2021]

Copyright © [2021] Initia Via Editora Ltda.
Rua dos Timbiras, nº 2250 – 1º andar - Bairro Lourdes
Belo Horizonte, MG, Brasil, 30140-061
www.initiavia.com

Editora-Chefe: Isolda Lins Ribeiro
Assessoria Editorial: Ana Maria Mello & Silva
Revisão: organizadores e coautores e arte da capa: Isabella Ramaciotti
Projeto gráfico e diagramação: Hydra Produção Editorial

CC BY-NC-SA 4.0. Esta obra foi licenciada sob a “Atribuição Creative Commons Não-Comercial - Compartilhamento Igual - 4.0 Internacional”. É possível compartilhá-la gratuitamente para fins não comerciais, atribuindo o devido crédito e sob a mesma licença.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

S479 Separação de Poderes, Estado de Direito e Democracia [recurso eletrônico]
/ vários autores ; organizado por Thomas Bustamante ... [et al.]. - Belo Horizonte
: Initia Via, 2021.

429 p. ; PDF ; 2,3 MB. – (Anais do IV Congresso Internacional de Direito
Constitucional e Filosofia Política (São Paulo, 2020) ; v.1)

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-86834-21-5 (Ebook)

1. Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Anais de Congresso. 4. IV Congresso
Internacional de Direito Constitucional. I. Bustamante, Thomas. II. Queiroz,
Rafael Mafei Rabelo. III. Carvalho, Danyelle. III. Doering, Victor. IV. Título.

CDD 342

2021-3355

CDU 342

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito Constitucional 342
2. Direito Constitucional 342

Instituição Sede:

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Instituições Organizadoras:

Associação Brasileira de Direito Constitucional
e Filosofia Política (em constituição)

Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade
de São Paulo (USP), Universidade Federal de Minas Gerais
(UFMG) e Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Apoio Institucional:

CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento
Científico e Tecnológico

Fapesp – Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado de São Paulo

CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal
de Nível Superior/ Ministério da Educação

Comissão Organizadora:

Rafael Mafei Rabelo Queiroz (Coordenação Científica)

Thomas da Rosa de Bustamante (Coordenação Científica)

Emílio Peluso Neder Meyer

Katya Kozicki

Marcelo Cattoni Andrade de Oliveira

Vera Karam de Chueiri

Comissão Avaliadora / Seleção dos Trabalhos:

Adamo Dias Alves – UFMG

Adriana Marques Aidar – Universidade de Uberaba

André Bueno da Silveira – UNIP e ESMPU

Cândice Lisbôa Alves – UFU

Carla Henriete Bevilacqua Piccolo – Pesquisadora FAPESP

Daniel Capecchi Nunes - UFRJ

David Francisco Lopes Gomes – UFMG

Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante - UFV

Francisco de Castilho Prates – UFMG

Franklin Vinícius Marques Dutra – UFRJ

Joana de Souza Machado - UFJF

Juliana Cesario Alvim Gomes – UFMG

Heloísa Fernandes Câmara – UFPR

Leonardo Gomes Penteado Rosa – UFLA

Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro - UFPA

Lucas Fucci Amato – USP

Nathália Lipovetsky e Silva - UFMG

Rafael Mafei Rabelo Queiroz – USP

Raphaella Rocha Ribeiro - UFLA

Saulo Monteiro Martinho de Matos – UFPA

Tathiane dos Santos Piscitelli – FGV

VOLUME I. SEPARAÇÃO DE PODERES, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

I. Democracia e Processo Legislativo

1. Aspectos metodológicos da pesquisa sobre relações interinstitucionais: Supremo Tribunal Federal, Congresso Nacional e devido processo legislativo (2010-2019) - Samuel Martins

2. O desempenho do Poder Executivo no processo legislativo brasileiro: Análise empírica de 1988 a 2018 - Luís Gustavo F. Guimarães

3. Devido Processo Legislativo em tempos de subversão da Constituição - Adamo Dias Alves e Luiza Martins Santos

4. Relevância e urgência nas Medidas Provisórias: conceitos perdidos? Análise concentrada na Medida Provisória de declaração de direitos da liberdade econômica - Bruna Salgado Chaves

5. Frente Parlamentar Evangélica: o conflito entre liberdade religiosa e laicidade no exercício da função legislativa - Marselha Evangelista

6. A nova lei sobre abuso de autoridade e a luta contra a arbitrariedade no Estado brasileiro: - Luiz Gustavo Tirolí e Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo

II. Comportamento Judicial no Brasil: perspectivas empíricas

7. A imagem de si mesmo: autoprodução midiática do

Supremo Tribunal Federal - Wagner Vinicius de Oliveira

8. Judicialização da saúde: acesso à justiça como instrumento de efetivação de Direito Social Fundamental - Fernanda Moi; Millena Amaral de Alencar Castro; Ramon de Oliveira Silva

9. Direito e pós-verdade: Uma análise da influência exercida pela crescente perda dos referenciais objetivos na positivação, interpretação e aplicação da Lei - Renata Silva Gomes e José Bruno Aparecido da Silva

10. Ativismo judicial entre justiça dramática e justiça rotineira: A dupla forma de legitimidade das cortes constitucionais em um contexto de democracia de massas - Marcela Rodrigues e Ricardo Martins Spindola Diniz

11. Animais não-humanos e o STF: uma análise acerca do art. 225, § 1º, VII - Elizeu de Oliveira Santos Sobrinho; Débora Maria Nagel; Rafael Darolt Strelow

12. O descompasso normativo e jurisprudencial acerca do nepotismo no Brasil - Wilken Almeida Robert e Rafael da Silva Menezes

13. Paridade participativa e o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade: em busca de uma hermenêutica emancipatória - Lucas Ferreira Mazete Lima; Victor Afonso Bessa da Mota e Adriana Marques Aidar

14. Constitucionalismo televisionado: espetacularizado, cansado e ignorante - João Vitor Flávio de Oliveira Nogueira

15. Era Lochner à brasileira? A atuação do STF diante do esvaziamento dos direitos fundamentais do trabalho - Carolina Rodrigues Oliveira Gomes

SUMÁRIO

Capítulo 1 – Aspectos Metodológicos da Pesquisa Sobre Relações Interinsitucionais: Supremo Tribunal Federal, Congresso Nacional e devido processo legislativo (2010-2019)	11
Capítulo 2 – O Desempenho do Poder Executivo no Processo Legislativo Brasileiro: Análise Empírica de 1988 a 2018	44
Capítulo 3 – Devido Processo Legislativo em tempos de subversão da Constituição	74
Capítulo 4 – Relevância e urgência nas Medidas Provisórias: conceitos perdidos? Análise concentrada na Medida Provisória da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica	97
Capítulo 5 – Frente Parlamentar Evangélica: a guerra santa no exercício da função legislativa	122
Capítulo 6 – A nova lei sobre abuso de autoridade e a luta contra a arbitrariedade no Estado Brasileiro	146
Capítulo 7– A Imagem de Si Mesmo: A Autoprodução Midiática do Supremo Tribunal Federal	171
Capítulo 8 - Judicialização da saúde: acesso à Justiça como instrumento de efetivação de Direito Social Fundamental	197

Capítulo 9 - Direito e Pós-Verdade: uma análise da influência exercida pela crescente perda dos referenciais objetivos na positivação, interpretação e aplicação da Lei	223
Capítulo 10 – Ativismo judicial entre justiça dramática e justiça rotineira: a dupla forma de legitimidade das cortes constitucionais em um contexto de democracia de massas	257
Capítulo 11 – Animais não-humanos e o STF: uma análise acerca do art. 225, § 1º, VII	282
Capítulo 12 – O descompasso normativo e jurisprudencial acerca do nepotismo no Brasil	317
Capítulo 13 – Paridade participativa e o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade: em busca de uma hermenêutica emancipatória	352
Capítulo 14 – Constitucionalismo televisionado: espetacularizado, cansado e ignorante	379
Capítulo 15 – Era <i>Lochner</i> à brasileira? A atuação do STF diante do esvaziamento dos direitos fundamentais do trabalho	405

PARTE I

DEMOCRACIA E PROCESSO LEGISLATIVO

Aspectos Metodológicos da Pesquisa Sobre Relações Interinstitucionais: Supremo Tribunal Federal, Congresso Nacional e devido processo legislativo (2010-2019)

*Cláudio Ladeira de Oliveira
Samuel Martins dos Santos*

Resumo: O trabalho tem como tema as relações interinstitucionais entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, dentro do campo de estudo do Direito Constitucional. O objetivo é apresentar questões fundantes à organização do Estados contemporâneos no referente ao poder da república com autoridade para decidir sobre questões de alto dissenso e apresentar uma proposta metodológica para a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo federal, como recorte metodológico para esta análise das relações entre os poderes da república. A metodologia é dedutiva, com técnica de pesquisa bibliográfica e pesquisa empírica jurisprudencial. Os resultados alcançados indicam que existe um campo para o aprimoramento de análises institucionais no Brasil, que tal desenvolvimento pode contribuir para a compreensão do funcionamento do Poder Judiciário e de suas relações com os demais poderes da república, e que as características do processo legislativo podem servir de referência para uma maior ou menor intervenção do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal – Congresso Nacional – jurisdição constitucional – democracia representativa

METHODOLOGICAL ASPECTS OF RESEARCH ON INTERINSTITUTIONAL RELATIONS: Supreme Federal Court, National Congress and due legislative process (2008-2018)

Abstract: The work has as its theme the interinstitutional

relations between the Supreme Federal Court and the National Congress, the research problem has the following formulation: What are the methodological elements that can contribute to the analysis of the relations between the summits of the Judiciary and the Legislative Power? The hypothesis considers that there is a field of research to be improved in relation to the theme, as well as that empirical analyzes can provide elements of improvement for the deepening of such understanding. The methodology is deductive, taking as an example the jurisprudence of the Federal Supreme Court on the legislative process, using bibliographic and jurisprudential research techniques. The conclusions obtained underline the importance of methodological improvement for these objectives, as well as undeniable advances in this regard in recent Brazilian scientific production, in addition to presenting proposals for the development of the theme.

Keywords: Supreme Federal Court - National Congress - constitutional jurisdiction - representative democracy

Introdução

O trabalho tem como tema a jurisdição do Supremo Tribunal Federal sobre o processo legislativo federal entre o período 2010-2019, o problema principal formulado para a pesquisa pode ser resumido da seguinte forma: Quais são as principais variáveis do processo legislativo que potencializam a intervenção do Poder Judiciário no processo legislativo federal? E como perguntas secundárias, apresentamos as seguintes: A partir da pesquisa empírica desenvolvida, em pesquisa quantitativa, como é possível analisar o comportamento institucional do Supremo Tribunal Federal em relação ao Congresso Nacional?

O objetivo do trabalho é fazer uma contextualização bibliográfica sobre o comportamento institucional do Poder Judiciário e de que modo tal tema pode trazer elementos para uma melhor compreensão das relações deste poder contra majoritário com o Poder Legislativo, em um sentido mais amplo a pesquisa encontra-se contextualizada no debate sobre o Poder da República com competência para dar a última palavra sobre questões com alto grau de dissenso. Assim, pretende-se apresentar, dentro de um recorte temporal e ge-

ográfico específico, de que modo estas questões fundantes do constitucionalismo tem se apresentado no funcionamento das instituições em análise.

Em sentido normativo, tal debate se estende há décadas entre posições que consideram o Poder Judiciário como o mais adequado para a garantia do regime democrático contemporâneo, e, por outro lado, aqueles que defendem o Poder Legislativo como esfera com maior legitimidade para a garantia da legitimidade do regime político democrático.

Afastando-se de uma perspectiva normativa forte, a pesquisa pretende focar a jurisprudência dada e de que modo tal material pode servir para uma análise das relações interinstitucionais entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil contemporâneo. Isto não significa uma perspectiva exclusivamente empírica, desprovida de conteúdo valorativo, pois com base em um aporte nas Teorias Democráticas, e referente ao papel da representação política nas democracias contemporâneas, como também nas críticas ao judicial review como um modelo que se afasta da concepção democrático representativa, o trabalho considera relevante uma recomposição do papel do Poder Legislativo, sobretudo, no âmbito da representação política, como espaço adequado para decisões com alto grau de dissenso.

A hipótese do trabalho é que será possível identificar variáveis que ensejaram maior intervenção do Poder Judiciário, por exemplo, projetos de lei que envolvam o sistema político majoritário tendem resultar em um maior acionamento do Supremo Tribunal Federal pelos partidos políticos, ou pelos seus membros em sede de mandados de segurança.

Assim, será enfatizada importância da articulação destas questões com o conceito de separação dos poderes, inclusive, no referente às pesquisas sobre o Poder Judiciário e o denominado ativismo judicial. Vale destacar que a expressão ativismo judicial é utilizada com muitas ressalvas no presente trabalho, primeiro pela sua reconhecida pluralidade semântica, como também porque sua utilização comumente implica em uma tomada de posição apriorística sobre uma expectativa referente ao comportamento institucional que se espera de uma corte judicial e, por fim, porque as agendas de pesquisa sobre o Poder Judiciário já tem indicado a sua pouca acuidade conceitual que pode apresentar limites no desenvolvimento de

pesquisas empíricas.

No que diz respeito a atuação do Poder Judiciário, a expressão ativismo judicial será utilizada exclusivamente como perspectiva de análise do comportamento institucional do Supremo Tribunal Federal, como também de seus Ministros em decisões monocráticas, seja no exercício da sua competência originária para o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, como também via decisões em sede de mandados de segurança.

Como justificativa para a presente pesquisa, vale destacar que desde os desenhos iniciais de organização do Estado contemporâneo, o Poder Judiciário foi instituído como um poder equidistante do sistema político majoritário, Poder Executivo e o Poder Legislativo, tal argumentação é recorrente nos textos dos Federalistas, no entanto, o século XX e XXI tem ensejado o recorrente questionamento sobre este distanciamento do Poder Judiciário do sistema político, e o quanto o mesmo é suscetível as pressões correlatas a esfera da política. Assim, uma pesquisa histórica e institucionalmente recortada pode ensejar elementos para uma melhor compreensão das funções exercidas pelo Poder Judiciário em um modelo de Estado contemporâneo.

No período posterior a Constituição Federal de 1988, os questionamentos sobre as funções exercidas pelo Poder Judiciário no sistema político, como também o debate sobre quais são as variáveis com maior importância para a caracterização da intervenção judicial ocupam um espaço central na agenda de pesquisa sobre este poder da república, sobretudo em contextos de alta polarização política e fragmentação substantiva do Poder Legislativo, a submissão do processo legislativo ao Poder Judiciário para decidir sobre o devido processo legislativo é uma ação recorrente, seja por motivos jurídicos, ou políticos.

Em função destes elementos, restam adequadamente justificados esforços de pesquisa neste sentido para a compreensão das relações entre as cúpulas do Poder Judiciário e do Poder Legislativo no Brasil contemporâneo.

1. A doutrina da separação dos poderes e a autoridade para a última palavra: uma questão fundante do Estados contemporâneos

A configuração tripartite da separação dos poderes é um modelo institucional marcante na passagem do Estado moderno para o Estado contemporâneo. Em larga medida a Teoria Liberal dos séculos XVII e XVIII foi responsável pelo seu desenvolvimento.

O percurso desenvolvido, no entanto, não pode minorar as grandes mudanças ocorridas a partir da elaboração do Estado de Bem-Estar Social no século XX, tal marco pode ser relacionado aos seguintes elementos inaugurais da social democracia nos Estados contemporâneos.

O primeiro é o reconhecimento dos direitos sociais na ordem constitucional implicou em uma mudança substantiva na forma como os poderes se relacionam, visto que a inserção em âmbito constitucional de questões caras ao funcionamento do sistema político e econômico, derivadas de uma busca de estabilidade do regime, como também de reivindicações e lutas populares, ensejaram um significativo aumento de complexidade e expectativa sobre as instituições, com mudanças estruturais sobre as relações entre os poderes da república.

Um segundo elemento, que também precisa ser considerado neste contexto, é a ampliação dos direitos políticos, ocorrida na primeira metade do século XX, que resultou na participação de um grande número de pessoas no processo eleitoral, com consequente aumento de expectativa sobre o sistema político, pela inegável extensão do pluralismo político e partidário que foi marcante neste processo.

Neste ponto, Martin Shapiro indica que o aumento do pluralismo ocorrido no século XX será uma condicionante a ensejar uma maior e necessária atuação do Poder Judiciário para a tomada de decisão sobre questões fundamentais: “Uma maneira de encarar a judicialização nos EUA, portanto, é como uma espécie de extensão lógica e pragmática da política pluralista, de grupos de interesse e de questões únicas americanas das legislaturas e executivos para os tribunais.”

Mesmo sem excluir outros aspectos, as duas variáveis apontadas, inserção constitucional dos direitos sociais e ampliação dos direitos políticos, ocupam um espaço de destaque na reconfiguração das relações entre os poderes da república, afastando-se em muito do delineamento estabelecido pelo Estado Liberal clássico.

Não sem motivo, na primeira metade do século XX a Teo-

ria Constitucional foi campo para o emblemático debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, no qual podemos verificar com clareza o quanto estas novidades institucionais impactariam no Estado contemporâneo. Assim, se no entre guerras Carl Schmitt defendia a predominância do Poder Executivo como responsável pela manutenção da identidade do regime, Hans Kelsen depositava seus melhores argumentos na defesa do exercício de tal função pelo Poder Judiciário.

A despeito disto, a doutrina da separação dos poderes, suas mudanças e limitações, não chegou a ganhar muita atenção no âmbito das ciências sociais no Brasil, ainda que existam autores que apontem a necessidade de um melhor desenvolvimento sobre este enfoque. Por sua vez, as pesquisas nas ciências jurídicas foram responsáveis pela indicação do Poder Judiciário como aquele que mais ganhou projeção nesta nova configuração posterior a segunda metade do século XX, seja no sentido normativo como ocorreu nas relevantes contribuições das Teorias de Justiça de John Rawls e Ronald Dworkin no âmbito da Teoria do Direito, seja em uma perspectiva de análise institucional, como a obra fundamental de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder.

Assim, é possível indicar que a projeção do Poder Judiciário no período posterior a segunda guerra mundial foi amplamente majoritária nas ciências jurídicas, ganhando atenção também em análises de cientistas políticos no Brasil, como na já clássica pesquisa coordenada por Luís Werneck Vianna no Brasil.

Em sentido minoritário é necessário apontar autores menos entusiastas do papel desempenhado pelo Poder Judiciário nos Estados contemporâneos, destaca-se o trabalho de Jeremy Waldron com um trabalho que se desenvolve em duas bases, predominantemente, o apontamento do Poder Legislativo como um dos principais órgãos com potencial de aferição de legitimidade para o sistema político e pela crítica à predominância do judicial review como principal responsável pela manutenção das democracias contemporâneas.

Assim, se na primeira metade do século XX, a polarização na Teoria Constitucional ocorreu entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, as negativas experiências do período entre guerras nos remeteram à uma outra polarização normativa e analítica na busca por um poder fiel da balança que garanta estabilidade ao regime ou, ao menos, a sua manutenção com a observância de critérios básicos

de uma democracia, no referente a observância dos direitos e a organização do Estado. Neste ponto, no início do século XXI o debate transcorre em larga medida na análise entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo sobre qual destes dois poderes apresentam melhores justificativas para o exercício desta autoridade de definição sobre questões complexas das sociedades contemporâneas.

Ronald Dworkin defende que a relação entre democracia e controle de constitucionalidade é de complementação, e não de oposição. Assim a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário não é suficiente para afastar a importância deste poder para a qualificação das democracias contemporâneas. O ponto essencial no seu trabalho diz respeito ao reconhecimento de que ao Poder Judiciário incumbe a articulação de argumentos de princípios, baseados no reconhecimento dos sujeitos como titulares de direitos morais, e argumentos políticos propriamente ditos:

O melhor que fazemos é trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento de nossa parte. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião, nem de profecia. Chamo isto de Direito. (DWORKIN, 2000, p. 103)

O projeto filosófico de Ronald Dworkin é bastante robusto, e em suas últimas obras o autor aprofundou a identificação das relações entre o Direito e a Moral, afastando-se de perspectivas pragmáticas e apostando que a objetividade da moral tem condições de aferir embasamento valorativo ao Direito, como também desenvolvendo elementos que corroboram para o seu reconhecimento como um campo do conhecimento humano com condições para dar respostas certas para questões com alto grau de dissenso.

Ao final da sua trajetória filosófica, que ainda possuía um grande potencial, o autor aproxima com mais veemência o Direito da Moral, e defende com isto as condições deste projeto hermenêutico dar conta dos desafios colocados pelas sociedades plurais. Este projeto tem como referência um fragmento da obra de Arquíloco

que dispõe que a “raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa”, segundo o qual a noção de integridade é um postulado defensável e carente de maior esforço humano:

Se, como afirmo, uma teoria bem-sucedida da justiça deve ser moral do começo ao fim, é provável que qualquer discordância importante acerca da justiça se imponha também do começo ao fim. Não há plano neutro, científico ou metafísico, que possamos finalmente galgar para decidir qual das diferentes ideias acerca da igual consideração, da liberdade, da democracia ou de qualquer outra opinião referente ao certo e ao errado ou ao bem e ao mal é a verdadeira ou a melhor. Isto significa que temos que prestar considerável atenção a outra importante virtude da moral: a responsabilidade moral. Embora não possamos contar com a concordância de nossos concidadãos, podemos ao menos exigir deles a responsabilidade.

Como se percebe o trabalho proposto sofre inegável influência de postulados kantianos na sua elaboração, o seu projeto se opõe tanto em relação ao cetiscismo sobre a possibilidade das sociedades se organizarem a partir de concepções de justiça que sejam defensáveis e valorativas, como também ao relativismo que nega a unidade do valor e a possibilidade do mesmo servir como uma referência de organização da sociedade e regulação das relações entre os direitos e deveres dos cidadãos entre si e nas suas relações para com o Estado:

Isto significa que há, em todas as áreas do valor, uma dependência mútua: nossas concepções sobre liberdade e igualdade, valor e princípio, ética e moralidade, devem estar unidas em um todo coerente. Princípios aparentemente díspares são interpretados não como as muitas coisas que conhecem as raposas, mas são enxergados sob uma grande coisa: uma concepção fundamental. Naturalmente, exatamente por ser ampla, essa visão será igualmente aplicável com relação ao que aqui nos interessa: o direito.

A proposta de Ronald Dworkin possui embasados argumentos filosóficos, os questionamentos mais graves que lhes são destinados diferenciam a expectativa pela elaboração de um fórum

de princípios com a consequência que lhe é inata no âmbito dos Estados contemporâneos, que dizem respeito a projeção do Poder Judiciário como órgão responsável para responder a tal demanda.

A relação entre o discurso da Filosofia do Direito e a análise das instituições é um campo que precisa ser mais explorado, pois ainda que a proposta do autor não seja de cunho de uma análise institucional, por exemplo, no Brasil a projeção do Poder Judiciário como um fórum e princípio e responsável pela manutenção e qualificação da democracia foi amplamente difundida.

Neste ponto, é necessário fazer a diferenciação e justiça em relação aos autores entre a suas propostas e a apropriação que é feita dos seus trabalhos, pois o a verificação das denominadas ideias fora de do lugar, na feliz expressão de Roberto Schwarz, não são uma novidade no Brasil, e muito menos, apresentam elementos da sua superação.

Um exemplo marcante da difusão do discurso filosófico como justificador do fortalecimento do Poder Judiciário são os trabalhos mais recentes do constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, amplamente influenciado por autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy, entre outros, que projetou nas suas obras e nos seus respectivos votos no tribunal um papel de maior atuação do Poder Judiciário em face das deficiências dos demais poderes da república.

Em função da proximidade entre a defesa da Constituição e a supremacia dos tribunais, na formulação de Conrado Hubner Mendes, é preciso ressaltar que a supremacia da Constituição não pode ser considerada de forma automática como uma expressão sinônima da supremacia dos tribunais.

Um dos críticos mais contundentes ao controle de constitucionalidade e a proeminência do Poder Judiciário é Jeremy Waldron, que considera tal modelo institucional desprovido de condições para processar adequadamente as demandas que surgem em sociedade complexas e com alto grau de dissenso político.

O autor é um defensor do majoritarismo como método de tomada de decisão, com isto os seus diálogos com Ronald Dworkin são alinhados entre duas tradições bastante antigas na Filosofia Política, a perspectiva aristotélica que defende a sabedoria das multidões, enquanto a proposta de Ronald Dworkin inevitavelmente se apresenta como mais restritiva a deliberações de grandes públicos. A

defesa do majoritarismo é colocada a partir do seguinte extrato de obra de Aristóteles: “Há também uma dúvida quando ao que deve ser o poder supremo no Estado – é a multidão? Ou os ricos? Ou os bons? Ou o melhor homem? Ou um tirano? Qualquer dessas possibilidades parece envolver consequências desagradáveis.”

O autor afasta-se frontalmente da perspectiva de unidade de valor defendida por Ronald Dworkin, do que resulta o questionamento sobre quais as características de um modelo institucional que dê conta desta pluralidade de concepções da sociedade. Segundo o próprio é necessário reconhecer que nem todo dissenso, ou pluralismo, é desenvolvido a partir de interesses escusos, do que resulta a necessidade de reconhecer que divergências sobre questões razoáveis também podem ser desenvolvidas por indivíduos que agem de boa fé.

O seu trabalho tem no conceito de dissenso e desacordo um elemento central, o reconhecimento de que os dissensos são inerentes às sociedades contemporâneas, a pergunta colocada pelo autor está relacionada à uma reflexão sobre como equacionar instituições que deem conta a este alto grau de dissenso sem se afastar do paradigma democrático.

A solução apontada é a defesa do majoritarismo como uma metodologia adequada para se chegar a boas decisões, segundo Jeremy Waldron existe uma grande incoerência na Teoria Política contemporânea que reconhece o indivíduo como titular de direitos fundamentais mas supõe que a multidão formada por estes mesmos indivíduos necessariamente decidirá de forma degradada. Na esteira do pensamento aristotélico, o autor defende a existência de uma sabedoria nas decisões multitudinárias, ou, ao menos, a inexistência de motivo para tanta desconfiança:

Seja como for, parece-me claro que, ao abraçar a doutrina da sabedoria da multidão, Aristóteles está efetivamente (ou adicionalmente) comprometendo-se com a visão de que os muitos, atuando em coletividade, podem ser melhores juízos do que os poucos bons, não apenas de questões de fato, de utilidade social, mas também, e de maneira mais importante, de questões de valor, de questões de princípio e da natureza da boa vida, que vão bem além do mero acúmulo de experiências individuais.

O debate sobre o majoritarismo precisa ser institucionalmente recortado, porque a questão central diz respeito a ampliação substantiva do eleitorado no decorrer do século XX e as condições do mesmo aferir a partir de institutos da democracia representativa repostas suficientes para a legitimidade do sistema. Disto resulta uma inegável aproximação da obra do autor com o debate sobre as Teorias Democráticas.

A mais recorrente crítica que a proposta de Jeremy Waldron vai receber em relação a este ponto está relacionada a tendência de sobreposição da vontade dos indivíduos pela vontade do grupo, em uma aplicação do utilitarismo sem nenhum tipo de limites. Neste ponto a melhor resposta para estar com Bernard Manin quando reconhece que esta tendência existe, mas indica o majoritarismo como uma concessão à evidente impossibilidade de tomada de decisão unânime nas sociedades com alto nível de pluralidade.

O dissenso na obra de Jeremy Waldron é concebido como um elemento a ser desenvolvido institucionalmente, com forte expectativa na garantia e resultados decorrentes do direito de participação como elemento de aferição de legitimidade democrática a tais procedimentos:

Somos muitos, e discordamos a respeito da justiça. A maneira como pensamos sobre tal discordância determinará a maneira como pensamos sobre política. E, como o direito é fruto da política, a maneira como pensamos sobre essa discordância determinará, em certa medida, a maneira como pensamos sobre direito positivo.

O trabalho de Jeremy Waldron encontra-se em um contexto mais amplo de um debate sobre uma Teoria da Autoridade, com o objetivo de desenhar um modelo da separação dos poderes a partir de uma interlocução com as Teorias Democráticas.

Em sua crítica às Teorias da Justiça, Jeremy Waldron aponta que os pressupostos que são basiladores de seus autores centrais, como John Rawls e Ronald Dworkin, apresentam problemas de natureza epistemológica, do que decorre a crítica a denominada circunstâncias da justiça, que é uma referência à possibilidade de criação de consensos básicos sobre questões referentes a justiça e ao bem.

Na análise de Jeremy Waldron não é possível tratar de consensos básicos sem ter claro que o procedimento a partir do qual tal decisão será tomada também pode ser objeto de dissenso entre as partes componentes deste possível acordo. Negar o dissenso sobre questões de justiça significa um afastamento de uma perspectiva eminentemente democrática para a solução destas questões:

Não tenho objeções se for uma reflexão sobre a justiça, mas tenho algumas dúvidas se a considerarmos como uma reflexão sobre a política e, mais ainda, se for uma reflexão sobre a política da justiça. (...) a existência dessas divergências e a necessidade percebida de uma decisão comum, apesar das divergências, são as ‘circunstâncias políticas’ elementares, da mesma forma que a escassez moderada, o pluralismo razoável e o altruísmo limitado são o que Rawls chama de “as circunstâncias da justiça”

A proposta não se encontra avessa às Teorias da Justiça, mas tenta conjugá-las com uma Teoria da Autoridade, a partir do questionamento sobre quem decide e como são decididas questões com alto nível de complexidade.

Neste aspecto, um dos grandes méritos do seu trabalho é a interlocução da sua obra com as Teorias Democráticas, sobretudo com a publicação de *Law and Disagreement* em 1999, o autor enfatiza a pertinência do potencial do Poder Legislativo processar as demandas das sociedades contemporâneas. De modo que o desafio colocado se encontra na busca de soluções sem um afastamento das formas democráticas para a solução de questões referentes a democracia.

Dois aspectos merecem atenção na obra do autor, a discussão que o mesmo desenvolve a respeito de uma Teoria da Autoridade e a imersão de tais questões em um panorama mais amplo das Teorias da Democracia.

O debate sobre a Teoria da Autoridade possibilita o questionamento do autor a respeito do processo de tomada de decisão sobre questões complexas, e de que forma tais escolhas impactam em maior ou menor aproximação do modelo junto aos postulados democráticos, a partir de questionamentos sobre quem profere a última decisão sobre dissensos razoáveis? Qual o processo de tomada

de decisão desta autoridade? Ela oferece justificações democráticas para o exercício do seu poder? Esquemáticamente, apresenta-se possível o seguinte desenho da proposta de Jeremy Waldron:



Conforme já foi exposto, a proposta de Ronald Dworkin enfatiza os tribunais como espaço privilegiado da solução sobre questões de difícil solução envolvendo os direitos fundamentais, por outro lado, o resgate de Aristóteles por Jeremy Waldron o reaproxima de discussões sobre a ênfase do método majoritário nas sociedades contemporâneas. A divergência entre os dois encontra-se na amplitude do espaço de deliberação, o primeiro defendendo o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais, em uma deliberação entre um número diminuto de pessoas, e o segundo defendendo as assembleias legislativas como espaços institucionais mais adequados para tais decisões.

Importante destacar que entre estes interlocutores também existem pontos de convergência, ambos compartilham de uma perspectiva normativa sobre a análise das instituições, como também no reconhecimento das relações entre o Direito e a Moral.

No entanto, a obra de Jeremy Waldron possui uma relação indissociável com as questões referentes a própria política. E isto faz muita diferença na equação das questões aqui enfocadas pelos dois autores, pois a depender como o Direito é concebido, e o reconhecimento das suas relações com o fenômeno da política, isto inevitavelmente traz desdobramentos nas respectivas compreensões sobre a separação dos poderes, a função e o papel institucional exercido

tanto pelo Poder Legislativo, quanto pelo Poder Executivo e o Poder Judiciário

Um aspecto positivo do trabalho de Jeremy Waldron está em uma ampliação da sua análise para além do Poder Judiciário, trata-se de um vício de origem recorrente nas pesquisas nas ciências jurídicas que enfatizam demasiadamente o Poder Judiciário e desconsideram as suas relações com os demais poderes, como também a importância deste no funcionamento do sistema como um todo. Pontualmente, a sua pergunta é se os juizes deveriam ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais?

Visando um distanciamento de uma análise eminentemente empírica, e com respaldo na Filosofia Política o autor responde a indagação da seguinte forma:

Neste ensaio, argumentarei que o *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ele não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos: pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juizes não eleitos e não responsáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos.

Segundo o autor, o Poder Legislativo apresenta maior capacidade de processar dissensos inerentes a sociedades altamente plurais, na esteira do pensamento aristotélico o autor considera que a ampliação do debate sobre questões complexas para um maior número de pessoas resultará em uma melhora qualitativa em relação ao resultado:

A resposta é que, no mundo moderno, a legislação está associada à democracia. A legislação é principalmente órgãos eletivos e responsáveis. Seus membros são eleitos como legisladores, e podem ser substituídos em intervalos regulares se seus eleitores não gostarem do que eles ou seus partidos

estão fazendo na legislatura. (WALDRON, 2016, n/p)

Neste ponto, a periodicidade das eleições também apresentam elemento qualitativo e de controle da representação política. Com isto podemos assinalar em análise institucional, que a universalidade de acesso e escolha, como também o *accountability* eleitoral, permitem a indicação do sistema eleitoral como uma diretriz inafastável do modelo contemporâneo de Estado democrático, sendo que a relação entre o conceito de representação política e seus desdobramentos institucionais são inafastáveis.

Com isto, Jeremy Waldron aponta que a defesa do controle de constitucionalidade tem um ônus significativo à superar, qual seja, a maior legitimidade democrática do Poder Legislativo, segundo o autor, não existem elementos que justificam uma análise degradada do Poder Legislativo e um enaltecimento do Poder Judiciário como um fórum exclusivo da razão.

A contribuição de Jeremy Waldron está no esforço de articular uma Teoria da Justiça, com a Teoria da autoridade, sem desconsiderar a relevância desta relação ser equacionada a partir de um postulado democrático.

Sobre o secular debate em torno do poder responsável pela última palavra, vale destacar o trabalho de Conrado Hubner Mendes que indica que não haverá uma conclusão definitiva sobre qual dos poderes deve ser responsável pela última palavra, visto que tal questionamento contraria toda a potencialidade de pesquisas nas quais o funcionamento dos poderes da república é o seu objeto prioritário:

É dessa discussão procedimental e empírica que a doutrina constitucional tem se esquivado. Seria importante que se definisse qual arena é a mais valiosa para a luta política numa democracia: que se respondesse objetivamente por que a Corte pode suplantar o legislador, se ambos são falíveis; por que, ao discordarmos de uma decisão coletiva, não podemos rediscuti-la na arena legislativa, em vez de abrir ao Tribunal chance de revoga-la? Essas questões não desconsideram a complexidade institucional das democracias, nem questionam a possibilidade de edificar um 'governo das leis que submeta a Política ao Direito. Apenas assume que, em qualquer ordem política, alguma instituição deva ter mais autoridade para tomar as decisões últimas. Se o regime for uma

democracia, alguns princípios que lhe são inerentes tornam difícil sustentar a revisão judicial.

As respostas possíveis sobre qual autoridade terá a última palavra nos remetem à dois modelos de democracia possíveis, com desenhos institucionais que serão diversos a depender de qual Poder, se Judiciário ou Legislativo, terá a possibilidade de decisões definitivas sobre questões complexas a respeito da justiça e também da política.

O presente trabalho recompõe a polarização entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo a partir dos dois paradigmas que lhes são fundantes, o instituto do *judicial review* e a democracia representativa, tendo como foco específico de análise as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o processo legislativo.

Importa ressaltar um questionamento recorrente nas ciências jurídicas diz respeito a configuração adequada para a atuação do Poder Judiciário, com vistas a responder quais devem ser os limites da sua atuação no Estado contemporâneo. No Brasil este questionamento ocupou um espaço central nas ciências jurídicas, pois a projeção do Poder Judiciário foi por demais evidente na Constituição Federal de 1988, o que ensejou todo o desenvolvimento de uma agenda de pesquisa sobre ativismo judicial e o funcionamento as instituições jurídicas.

Desde então a composição do binômio a razão e o voto tem sido um recorte produtivo para o acompanhamento da produção das ciências jurídicas e correlatas, marcadamente no âmbito do Direito Constitucional e da Ciência Política.

2. Ativismo judicial, processo legislativo e processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

O fenômeno denominado de ativismo judicial pode ser considerado recente nas ciências sociais do Ocidente, em que pese existam autores que se utilizam do conceito para a compreensão de fenômenos anteriores ao século XX, há elementos robustos para justificar a delimitação do debate sobre tal conceito como um fenômeno típico dos modelos de Estado contemporâneo do século XX e

XXI. Entre eles destacamos a já citada configuração do Estado de Bem-Estar Social e seus desdobramentos jurídicos e políticos.

No Brasil os trabalhos de Marcus Faru de Castro e a pesquisa coordenada por Luís Werneck Vianna são considerados seminais na divulgação dos conceitos correlatos ao comportamento do Poder Judiciário, tais como o ativismo judicial e a judicialização da política. Na última década o conceito tem sido objeto de uma ampla gama de estudos, com significativa extensão e pluralidade de significados.

Não é objeto deste artigo fazer uma revisão bibliográfica de toda a produção sobre ativismo judicial, mas apresentaremos algumas questões conceituais no que consideramos pontos de contato com a presente proposta de pesquisa. Inicialmente, podemos apresentar o seguinte conceito de ativismo judicial de Cláudio Ladeira de Oliveira:

Já no modelo do ativismo judicial os juízes são atuantes no sentido não apenas de “fazer cumprir a lei” em seu significado exclusivamente formal. Significa mais: eles assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão” etc. São mais audaciosos por que reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios.

Mesmo sendo um conceito presente no debate jurídico nacional há alguns anos, as divergências sobre interpretações do fenômeno persistem, seja no Brasil como em outros países do mundo. Por exemplo, Luís Roberto Barroso mantém uma interpretação positiva do ativismo judicial até os dias atuais, por outro lado na doutrina de modo geral são perceptíveis os argumentos que apresentam os problemas decorrentes do ativismo judicial.

Além da amplitude de fenômenos que são incluídos no conceito de ativismo judicial, uma das críticas da Ciência Política decorre de uma certa idealização da separação dos poderes como uma concepção suficiente para a delimitação clara sobre o âmbito de atuação apropriado para o Poder Judiciário. Nesta análise, o ativismo judicial é concebido como uma disfunção institucional, na qual teo-

rias contemporâneas são instrumentalizadas para análises da racionalidade da decisão judicial. A expectativa é que tal procedimento possibilitaria uma contenção prudente por parte do Poder Judiciário em relação ao seu papel republicano.

Tais tendências analíticas, que valorizam as possibilidades de restauração da normalidade institucional a partir de parâmetros como a hermenêutica apresentam limitações claras quanto ao seu potencial para análises realistas do funcionamento do Poder Judiciário. Outra crítica frequente aponta como problemático o isolamento das instituições jurídicas de outros referenciais de análise, como a política, e o comportamento dos juízes desconexos dos atores relevantes desta arena de atuação.

Além disso, o conceito de ativismo judicial também sofre questionamentos de vieses metodológicos, visto que a seleção de casos semelhantes recortados nem sempre é suficiente para embasar análises mais gerais sobre um comportamento mais ou menos ativista do Poder Judiciário, ou no que diz respeito às relações deste poder com os demais poderes da república.

Uma crítica possível de ser apresentada diz respeito à um casuísmo na análise do comportamento do Poder Judiciário, em uma aplicação equivocada da metodologia do estudo de caso. Neste caso a deturpação ocorre quando existe uma seleção exclusivamente de casos considerados ativistas para uma conclusão das condições dos tribunais brasileiros. Neste sentido de crítica é o trabalho de Thamy Progrebinschi, que aponta a conclusão ordinária de que a judicialização da política é uma das causas do ativismo judicial como problemática, tal trabalho foi muito debatido, por apresentar conclusões pouco comuns à esta discussão:

Tanto a imprensa quanto a literatura especializada das Ciências Sociais e do Direito usualmente baseiam seus argumentos de que a judicialização da política redundam em ativismo judicial do STF em um seletivo e limitado conjunto de casos que, por mais que não apresente de modo estático, não tende a variar muito.(...) As falsas premissas do silogismo não resistem ao teste dos fatos. Para concluir-se que a política é judicializada, o STF é ativista e o Legislativo encontra-se enfraquecido, faz-se necessário olhar não apenas para o volume de ações impetradas, mas também para os resultados daquelas efetivamente decididas pelo STF.

O trabalho supracitado teve um ponto de partida promissor, ao indicar que a análise sobre estes fenômenos não pode se dar apenas a partir de casos selecionados e em acordo com a hipótese do autor, como também por lançar uma maior problematização sobre a relação entre o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial. Vale mencionar, todavia, que as conclusões obtidas foram consideradas problemáticas, ao respaldar a análise pela não caracterização do Supremo Tribunal Federal como um órgão ativista, exclusivamente, com base nos resultados quantitativos obtidos.

Justamente por decorrência destas críticas que é possível indicar um deslocamento do debate sobre ativismo judicial para uma discussão sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal, visando reconhecer que o Poder Judiciário e seus membros podem ser analisados atores políticos também movidos por perspectivas próprias, interesses e motivações.

Inegavelmente trata-se de um debate possui com forte viés metodológico, que diz respeito a duas partes: a formulação de bancos de dados adequados a compreensão do fenômeno e o destaque das variáveis que podem ensejar uma melhor interpretação dos dados obtidos.

As discussões neste campo de pesquisa ocorrem em larga medida com vistas à compreensão sobre quais são as variáveis que justificam uma atuação do Poder Judiciário que pode ser considerado ativista, ou passivista, se exclusivamente comportamentais, relacionadas ao gênero, ao posicionamento político, universidade de formação, formas de nomeação aos cargos de cúpula, entre outros.

Na análise sobre as variáveis que ensejam maior atuação por parte do Poder Judiciário, não se pode desconsiderar o risco de arbitrariedades, de modo que a seleção de elementos seja tão ampla que não se consiga comprovar a pertinência da influência de cada variável no comportamento dos membros do Poder Judiciário e nas suas decisões.

Por decorrência disto a presente pesquisa visa apresentar uma proposta metodológica que sirva como referência de análise do comportamento do Poder Judiciário, no presente trabalho buscar-se-á apresentar elementos do processo legislativo como variáveis que podem ensejar uma maior intervenção com a caracterização do denominado ativismo judicial.

Por agora, vale destacar os motivos que tornam a análise

do controle de constitucionalidade sobre o processo legislativo um recorte com grande potencial para uma melhor compreensão das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

O primeiro argumento é de caráter institucional ao destacar que a temática processo legislativo representa uma função típica do Poder Legislativo. Assim, a possibilidade de submissão de uma especialidade deste poder a outro, como também a maneira como o Poder Judiciário decide sobre este tema constitui-se em inegável material para exploração científica.

O tema foi objeto da Tese de Doutorado de Marcelo Cattoni, tendo como marco teórico a obra de Jurgen Habermas, que dispõe sobre o assunto da seguinte maneira:

(...) o Controle judicial de constitucionalidade das leis deve ser fundamentalmente considerado como controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo de produção da lei; ou seja, dos atos jurídicos que, ao densificarem um modo jurídico-constitucional e interconexão prefigurada, constituem-se em uma cadeia procedimental. Essa cadeia procedimental se desenvolve discursivamente, ou, ao menos, em condições equânimes de negociação, ou, ainda, em contraditório, entre agentes legitimados, no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visando à formação e emissão de um ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, um provimento legislativo que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica.

Neste sentido podemos aferir que o exercício da jurisdição constitucional sobre o processo legislativo comporta a mais clara visualização sobre a dificuldade contra majoritária do Poder Judiciário e o exercício de uma função primordial na caracterização do Poder Legislativo como um órgão majoritário.

No debate sobre legitimidade do controle de constitucional em relação aos atos do Poder Legislativo, uma argumentação bastante robusta sobre os limites da atuação do Poder Judiciário é encontrada na obra de John Hart Ely.

Trata-se de uma proposta restritiva a atuação do controle de constitucionalidade sobre os atos do Poder Legislativo, e que apresenta como aspecto central na identificação do espaço institucional

adequado de atuação do Poder Judiciário o conceito de representação política e de devido processo legal.

Afastando-se de uma posição entusiasta do controle de constitucionalidade, o autor questiona quais serão, então, os requisitos para que tal exercício de poder pudesse ser considerado como legítimo.

Neste aspecto, o exercício da jurisdição constitucional sobre como as leis são produzidas em observância ao devido processo legal seria um ponto de referência, inclusive, para classificação mais segura das decisões como ativistas, ou não ativistas.

Segundo o autor as mudanças da jurisprudência da corte norte americana no referente ao controle de constitucionalidade, destacadamente sobre a interpretação das emendas constitucionais que tratam do direito ao devido processo legal foram ensejadas pelo reconhecimento da incompletude do interpretacionismo e pelo posicionamento do Poder Judiciário como um árbitro dos conflitos políticos inerentes ao processo legislativo. Na medida em que a Corte de Warren passou a decidir sobre o direito de participação dos eleitores, as características do sistema eleitoral, sub-representação, entre outros, é possível indicar uma mudança que extrapola o limite procedimental expressamente previsto na Constituição e se aproxima do que comumente foi interpretado como ativismo judicial.

Acontece que a própria concepção de devido processo legal, no caso que nos interessa, devido processo legislativo, também se tornou objeto de questionamento judicial. E, mais uma vez, os ditames expressos no texto constitucional nem sempre conseguiram dar conta dos questionamentos que a ele eram submetidos.

No Brasil tal debate se apresenta como pertinente, e é possível identificar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo elementos para a compreensão destas questões mais amplas. As decisões da cúpula do podem ser divididas em três posicionamentos marcantes, a saber:

a) Aplicação da doutrina interna corporis: Trata-se de uma jurisprudência anterior a promulgação da Constituição Federal de 1988, caracterizada por uma posição de deferência do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo.

Tal diretriz jurisdicional possui como exemplo marcante o Mandado de Segurança 22.503/DF, processo físico de 1996, que questionava o tramite da Proposta de Emenda Constitucional 33/95,

com alterações sobre o sistema da Previdência Social. Neste posicionamento, o Supremo Tribunal Federal não admitiu análise judicial sobre atos interna corporis do Poder Legislativo.

Neste ponto, vale uma ressalva na análise de decisões do Supremo Tribunal Federal que não são consideradas interventivas no Poder Legislativo. Em uma primeira leitura certamente motivos de ordem técnica podem justificar o não deferimento do pedido.

Uma situação mais difícil de análise ocorre quando existe uma violação considerada grave no processo legislativo e mesmo assim a posição do Supremo Tribunal Federal é pela não intervenção. Ora, em determinadas situações críticas, a ausência de intervenção deixa de ser omissiva para se tornar em verdadeiro ato comissivo por omissão.

Outra observação válida referente a este posicionamento, feita por Adriana Campos Silva e Rafael Costa de Souza, aponta como problemática a ausência de uma análise constitucional sobre o próprio regimento interno de cada uma das casas do Congresso Nacional como também o regimento comum:

Assim, apontamos que ao não interpretar o Regimento Interno da Câmara dos Deputados à melhor luz da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma jurisprudência que permite que o Regimento interno da Câmara dos Deputados pudesse ser utilizado de forma autoritária e arbitrária, como no caso da apresentação de Emendas Aglutinativas sucessivas, o que gera uma instabilidade no Processo Legislativo, violando a limitação constitucional prevista no artigo 60, parágrafo 5, da Constituição da República.

Uma última hipótese a ser destacada ocorre quando a violação é feita expressamente a matéria infra constitucional, e mesmo assim o Supremo Tribunal Federal aplica a doutrina *interna corporis* impedindo a observância estrita do devido processo legislativo.

Como exemplo apresentamos o debate em torno da ADI. 4425/DF, que discutia a validade formal da EC. 62/2009, com julgamento em 24/10/2013, a alegação de inconstitucionalidade estava pautada no ato de tal emenda ter sido aprovada e votada em dois turnos que ocorreram no mesmo dia. A ação direta de inconstitucionalidade questionava o fato do Regimento Interno do Senado

Federal estabelecer, categoricamente, a necessidade de 5(cinco) dias de intervalo entre uma sessão e outra para aprovação de emenda constitucional em seu artigo 362.

Isto para indicar que um posicionamento compreendido como deferente por parte do Supremo Tribunal Federal pode dar ensejo à mais de uma interpretação a depender dos elementos do caso em análise, impedindo a identificação de um padrão decisório exclusivamente com base na alegação de respeito a doutrina *interna corporis* por parte do órgão do Poder Judiciário.

b) Reconhecimento da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando violadas questões procedimentais do processo legislativo:

Trata-se da posição majoritária por parte do Supremo Tribunal Federal e que encontra uma base doutrinária significativo para a sua ocorrência, em tal situação a alegação de inconstitucionalidade encontra-se fundada na ofensa a algum elemento de caráter procedimental previsto na Constituição.

Um dos maiores expoentes de tal posição é o norte-americano John Hard Ely, cujo trabalho encontra-se em clara perspectiva procedimentalista, em tal análise a intervenção judicial via controle de constitucionalidade apenas se justifica mediante violação ao devido processo legislativo previsto na Constituição da República.

Neste sentido, a função da jurisdição constitucional é controlar o processo de representação política a partir de uma perspectiva de democracia pluralista. A observância rigorosa do devido processo legislativo, portanto, justifica-se por comportar o grau adequado de participação de todos os representantes no processo de deliberação sobre a forma e o conteúdo das leis.

Em defesa do controle de constitucionalidade sobre os aspectos procedimentais da democracia representativa, o procedimentalismo de John Hart Ely apresenta três argumentos, mas também estabelece parâmetros para o seu exercício, com destaque para os seguintes:

A escolha e interpretação dos valores substantivos ficam à definição preponderante do processo político, tal premissa se afasta da concepção de que a Constituição é uma declaração duradoura, mas sempre em evolução, de valores gerais.A

Constituição define a justiça procedimental na resolução das disputas individuais, incluindo as disputas partidárias. Em uma concepção ampla de processo, a Constituição deve garantir a participação nos processos e distribuições do governo.

Assim, é possível aferir que o procedimentalismo de John Hart Ely compartilha de uma concepção minimalista da intervenção do Poder Judiciário no funcionamento do Poder Legislativo, mas apresenta parâmetros para o exercício da jurisdição constitucional.

Em sede do Supremo Tribunal Federal, decisões de cunho procedimental são bastante recorrentes e dificilmente compreendidas como ativistas, seja pela doutrina especializada, como também pelos membros do Poder Legislativo.

Uma matéria na qual é recorrente este tipo de decisão diz respeito a preservação da competência para iniciativa legislativa.

c) Reconhecimento da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando violadas questões materiais do processo legislativo.

A terceira posição do Supremo Tribunal Federal que pode servir de referência para o agrupamento de decisões judiciais sobre o processo legislativo é uma criação jurisprudencial com grande impacto nas relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, trata-se do reconhecimento da possibilidade de impetração de mandado de segurança preventivo na hipótese de alegada violação do direito do congressista de participar de processo legislativo idôneo.

Tal posição, em síntese, afirma que o seu direito líquido e certo consiste na demonstração do abuso das Mesas de cada uma das Casas do Poder legislativo em violação dos direitos dos congressistas.

O que se verificaria a partir dos seguintes aspectos: (1) tramitação de projeto de lei casuisticamente forjado para prejudicar destinatários certos e definidos na presente legislatura; (2) ofensa a cláusula pétrea, em virtude do esvaziamento do direito fundamental à livre criação de novos partidos e do pluralismo político, nos termos definidos pelo STF na decisão proferida na ADI 4430; (3) esmagamento e sufocamento de novos movimentos políticos; (4) quebra do princípio da igualdade entre partidos,

ainda que permitida certa gradação de tratamento diferenciado; (5) discriminação indevida pela criação de parlamentares de primeira e de segunda categorias; (6) excepcionalidade do caso.

Disto resultou a interposição do MS. 32.033/2013, que em decisão monocrática Ministro Gilmar Ferreira Mendes deferiu liminar pela suspensão do processo legislativo:

(...) Ante o exposto, considerando (i) a excepcionalidade do presente caso, confirmada pela extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei – em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional; (ii) a aparente tentativa casuística de alterar as regras para criação de partidos na corrente legislatura, em prejuízo de minorias políticas e, por conseguinte, da própria democracia; e (iii) a contradição entre a proposição em questão e o teor da Constituição Federal de 1988 e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430; vislumbro possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional e defiro o pedido de liminar para suspender a tramitação do PLC 14/2013, até o julgamento de mérito do presente mandado de segurança

A decisão liminar foi proferida no dia 24 de abril de 2013, e no dia subsequente a Advocacia Geral da União interpõe pedido de reconsideração por considerar ato não compatível com o procedimento da ação constitucional de mandado de segurança. Tal liminar foi amplamente discutida entre os especialistas no Brasil, para análise que estamos desenvolvendo vale ressaltar, mais uma vez, trata-se de decisão monocrática com um forte elemento ativista, visto que o Supremo Tribunal Federal estava literalmente impedindo a deliberação pela respectiva casa. A análise pelo plenário não tardou, e no dia 20 de junho de 2015 o plenário cassou a liminar que vigorou por aproximadamente 60 (sessenta dias) como também decidiu pela não concessão do mandado de segurança.

Considerando estas três posições assinaladas, a presente proposta visa apresentar elementos metodológicos que podem contribuir para uma análise mais elaborada da jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal referente ao tema processo legis-

lativo, e de que modo tais decisões possuem potencial explicativo das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Em relação ao empirismo como instrumento metodológico, importa destacar que a decisão sobre quais dados serão coletados, entre estes, quais serão identificados como indicadores e a sua forma de coleta e organização é crucial para o melhor aproveitamento do trabalho desenvolvido. Isto porque é necessário se evitar perigos no desenvolvimento da pesquisa empírica sem critérios, dos quais destacamos os seguintes, análises generalistas sobre processos selecionados, que podem possuir vícios de amostragem, coleta de dados sem aprofundamento teórico, uma tendência marcante em ciências sociais com pouca tradição de estudos empíricos, análises teóricas sobre o funcionamento das instituições sem dados empíricos.

No âmbito das pesquisas empíricas nas ciências jurídicas, portanto, há que se considerar três fases para uma melhor aproveitamento dos dados obtidos. Na lição de Lee Epstein as fases são as seguintes: (1) designing our project, (2) collecting and coding data, and (3) analyzing the data.

Na análise do banco de dados formados os indicadores serão elaborados a partir dos seguintes critérios:

Indicadores processuais: a) Em relação aos órgãos decisórios: se decisão monocrática, ou colegiada. b) Em relação ao instituto processual: se controle concentrado de constitucionalidade, ou controle difuso de constitucionalidade, c) Em relação a causa de pedir como ofensa a Constituição da República, ofensa ao Regimento interno do Congresso Nacional, ou ofensa a direito líquido do congressista. d) Em relação ao fundamento da decisão judicial: Ofensa a Constituição da República, ofensa ao Regimento interno do Congresso Nacional, ou ofensa a direito líquido. Tal possibilidade ocorre porque o órgão decisório não fica vinculado a causa de pedir do autor da ação no controle de constitucionalidade, sobretudo em sede de processos objetivos, como é o caso do controle concentrado de constitucionalidade. e) Em relação a natureza jurídica da causa de pedir: se ofensa procedimental ou material à Constituição Federal de 1988.

Indicadores materiais: a) Em relação ao comportamento institucional do Supremo Tribunal Federal decorrente da decisão, se passivista ou ativista. b) Em relação ao objeto da decisão: se incidente sobre questões procedimentais ou materiais do processo le-

gislativo impugnado. c) Entre as análises sobre decisões materiais, se a matéria envolve direito fundamental ou temáticas referentes a organização do Estado.

Na formação deste banco de dados será usado a linguagem de programação R, tendo como referência a numeração dos processos e cada coluna a partir dos indicadores supracitados. Trata-se de um instrumento de inteligência artificial que possui a vantagem de computar um elevado número de decisões judiciais, aumentando assim a chance de elaboração de correlações e inferências entre as variáveis e os respectivos resultados.

Tal composição está relacionada ao reconhecimento de que as pesquisas empíricas possuem muito potencial na seara das ciências jurídicas, pois possibilitam a análises realistas das instituições em funcionamento.

Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo principal compartilhar resultados parciais de uma pesquisa em desenvolvimento, que tem como tema uma análise empírica das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo entre (2009-2019), a expectativa é que a compilação e organização desta jurisprudência sirva de base para uma melhor compreensão das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo federal, como também Assembleias Legislativas, em menor escala.

Para tanto, o texto enfocou uma questão fundante na Teoria Constitucional referente ao poder da república com autoridade para tomada de decisões sobre questões de alta complexidade. Considerando como elementos de aumento de complexidade deste ponto o advento da social democracia, como também a ampliação dos direitos políticos nas primeiras décadas do século XX, sendo que no início do século XXI a dicotomia referida ocorre em larga medida entre a referência ao Poder Judiciário e o Poder Legislativa, especificamente, polarizando jurisdição constitucional e a democracia participativa.

Neste debate, foram enfocadas duas obras consideradas expoentes deste dilema, o legado de Ronald Dworkin, que exerce ampla influência na produção científica do Direito no Brasil e é ca-

racterizado pela identificação do Poder Judiciário como um fórum de princípios com proeminência para decidir sobre questões de alta complexidade, e as críticas elencadas por Jeremy Waldron, do que resulta o apontamento do Poder Legislativo como esfera com justificação democrática mais adequada para a solução de questões com alto nível de dissenso.

Visando analisar este dilema dentro de um recorte geográfico e uma delimitação histórica específica, a pesquisa tem como enfoque uma análise empírica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerando uma temática que é cara à democracia representativa, o processo legislativo, e de que modo tais decisões possibilitam uma compreensão do papel institucional exercido pelo Poder Judiciário, se caracterizado por uma maior deferência ao Poder Legislativo, ou mais invasivo e ativista nesta temática. Além disto, tal pesquisa pode correlacionar as características das decisões judiciais que tiveram um resultado identificado como invasivo na atividade de elaboração de leis pelas casas legislativas, visando destacar a semelhança entre tais decisões.

Entre os resultados alcançados, encontra-se a identificação de um campo carente de maior aprimoramento metodológico para o estudo das relações institucionais do Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Outro resultado foi a identificação de limites das informações sobre decisões judiciais disponibilizadas no site do Supremo Tribunal Federal. Tais características não parecem impeditivas para os objetivos almejados, mesmo que sejam indicativas do necessário cuidado em relação as suas conclusões.

Tratando-se de uma pesquisa ainda em desenvolvimento, a exposição de resultados conclusivos se apresenta comprometida, mas os resultados até o momento são indicativos da validade do empreendimento.

Referências bibliográficas

ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: Novos elementos para um mapa teórico. In: Revista Direito FGV. V. 15, N.2. São Paulo:: FGV,

pp. 1-21.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. VIEIRA, Oscar Vilhena. GLEZER, Rubens. (orgs). Rio de Janeiro: FGV Editora, pp. 25-79, 2017.

CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: *XX Encontro Anual da Anpocs*. Caxambu, pp. 1-10, 1996.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

EPSTEIN, Lee. MARTIN, Andrew C. *A introduction to empirical legal research*. London: Osford University Press, 2014.

HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian. *Reclamação constitucional e recalcitrância judicial na medida das decisões do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Sociologia e Direito) – Universidade Federal Fluminense. Niterói, p 300, 2019.

INATOMI, Celly Cook. *Abordagens teóricas na pesquisa empírica sobre o Poder Judiciário: Diálogos, pontes, híbridos*. In: KOERNER, Andrei (org). *Política e Direito na Suprema Corte Norte Americana*. Ponta Grossa: UEPG, 2017, p. 99 – 142.

KOERNER, Andrei. *O debate norte-americano sobre as relações entre instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico*. In: KOERNER, Andrei (org). *Política e Direito na Suprema Corte Norte Americana*. Ponta Grossa: UEPG, 2017, p. 59-98.

NETO, Ernani Rodrigues de Carvalho. *Revisão abstrata da legislação e a judicialização da política no Brasil*. São Paulo: USP, Tese, 2005, p. 157.

GRABER, M. A. *Constructing Judicial Review*. In: *Annual Review of Political Science*, 8(1), 425–451, 2005, <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.8.082103.104905>, acesso em 30 jan de 2020.

KAPISZEWSKI, D. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. In: *Law and Society Review*, 45(2), pp. 471–506, 2011, <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2011.00437>, Acesso em 20 fev 2020.

KOERNER, A. (2016). O ativismo judicial como problema intelectual e político nos estados unidos: Uma análise crítica. In: *Lua Nova*, v. 99, 2016, 233–255. <https://doi.org/10.1590/0102-6445233-255/99>

MACEDO, N. F. A. Teorias da democracia. In: *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, pp. 1–24. 2019, <https://doi.org/10.17666/bib8803/2019>, acesso em 10 de fevereiro de 2020.

MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, J. Os artigos federalistas (1787-1788). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In: *Democracia deliberativa*. MELO, Rúrion Soares. WERLE, Denilson Luis. São Paulo, Esfera Pública, pp. 15-46, 2007.

MENDES, C. H. Controle de constitucionalidade e democracia. São Paulo: Elsevier, 2008.

NICOLAU, J.. Representantes de quem? Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2017.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Eselvier, 2011.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Piseta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, L. M., ARGUELHES, D. Contextos da judicialização da política : novos elementos para um mapa teórico. In: *Revista Direito GV*, 15(2), pp. 1–21, 2019.

SCHWARZ, Roberto. As idéias fora do lugar. In: SCHWARZ, Roberto. *Cultura e política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, pp. 59-83, p. 2001.

SHAPIRO, Martin. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago e London: The University of Chicago Press, 1986.

_____. Recent Developments in Political Jurisprudence. *The Western Political Quarterly*, v. 36, n. 4 (Dec.), pp. 541-548, 1983, Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4485832>. Acesso em: 28 ago 2013.

_____. *Freedom of speech: The Supreme Court and Judicial Review*. New Orleans: 1966.

_____. Political Jurisprudence. In: *Kentucky Law Journal*, v. 52, pp. 294-345, 1963. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2156&context=facpubs>, Acesso em: 10 jan 2019

SILVA, J. M. Dossiê STF Em Discussão. *Novos Estudos - CEBRAP*, v. 37, pp. 35-54, 2008 in: <https://doi.org/10.25091/S01013300201800010001>, Acesso em 25 fev 2020.

URBINATI, N. O que torna a representação democrática? In: *Lua Nova*, V. 67, pp. 191-228, 2006.

VALLINDER, Torbjorn. TATE, C. Neal. *The global expansion of judicial power*. New York New York University Press, 1995.

WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: essays on institutions*. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016.

_____. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz. (orgs) *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 93-158, 2010.

_____. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005

_____. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Documentos legislativos, oficiais e decisões judiciais comentadas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso dia 06 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32.036-MC./DF. Mandado de Segurança n. 32.037. Decisão conjunta. Relator: MENDES, Gilmar. /TOFFOLI, Dias. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832036%29%2832036%2ENUME%2E+OU+32036%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yct8skh9>, acesso em 07 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 34.530-MC./DF. Relator: Luis Fux. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2834530%29%2834530%2ENUME%2E+OU+34530%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yb8j9gm6>, acesso em 07 de outubro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 33.630/DF. Relatoria: WEBER, Rosa. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2833630%29%2833630%2ENUME%2E+OU+33630%2EDMS%2E%29%28%28ROSA+WEBER%29%2ENORL%2E+OU+%28ROSA+WEBER%29%2ENPRO%2E+OU+%28ROSA+WEBER%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ydf-q7pu7>, acesso em 06 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 33697/DF. Relatoria: MELLO, Celso. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2833696%29%2833696%2ENUME%2E+OU+33696%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yd2rtvd8>, acesso em 07 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. 32033/DF. Relator: MENDES, Gilmar. 2013. Disponível em: <http://>

portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397298BRASIL
acesso dia 06 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 4425/DF. Relator: BRITO, Carlos Ayres. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=5067184>, acesso em 06 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.642-1/DF. Distrito Federal. Relator: VELLOSO. Carlos. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2163323>, acesso em 06 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. 25.503-3/DF. Relator: MELLO, Marco Aurélio. 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=85766>, acesso em 06 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. 20.257/DF. Relator: ALVES, Moreira. 1980. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046, acesso em 06 de outubro de 2018.

O Desempenho do Poder Executivo no Processo Legislativo Brasileiro: análise Empírica de 1988 a 2018

TITLE: THE PERFORMANCE OF THE EXECUTIVE BRANCH IN THE BRAZILIAN LEGISLATIVE PROCESS: THE EMPIRICAL ANALYSIS FROM 1988 TO 2018

Luís Gustavo F. Guimarães¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o desempenho do Poder Executivo federal no processo legislativo entre 1988 e 2018, período em que se consolidou um efetivo regime democrático no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Para tanto, o artigo pretende analisar por meio de dados empíricos, três instrumentos presidenciais que se relacionam com o processo legislativo: a) a propositura de leis; b) a edição de medidas provisórias; e c) a oposição de vetos presidenciais.

A partir da descrição e da análise empírica desses instrumentos presidenciais, será possível verificar a forma com que foram utilizados nos últimos trinta anos, bem como a eficiência e as disfuncionalidades de tais mecanismos.

Por fim, a partir da verificação desses dados empíricos pretendemos analisar de forma mais precisa e abrangente o papel institucional do Presidente da República no presidencialismo brasileiro à luz da condução do processo legislativo e de sua interlocução junto ao Poder Legislativo.

¹Luís Gustavo F. Guimarães é advogado, mestre e doutorando em Direito do Estado, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP).

Palavras-chave: Poder Executivo; Poder Legislativo; Processo legislativo; Separação de poderes.

Abstract: This article intends to analyze the performance of the Executive Branch in the legislative process from 1988 to 2018, period in which an effective democratic regime has consolidated in Brazil, after the promulgation of the Constitution of 1988.

For this purpose, the article intends to analyze, through empirical data, three presidential instruments that are related to the legislative process: a) the proposition of laws; b) the edition of provisional measures; and c) the proposition of presidential vetoes.

From the description and empirical analysis of these presidential instruments, it will be possible to verify the way in which they have been used in the last thirty years, as well as the efficiency and dysfunctionalities of such mechanisms.

Finally, based on the verification of these empirical data, we intend to analyze in a more precise and comprehensive way the institutional role of the President of the Republic in Brazilian presidentialism in the light of the conduct of the legislative process and his interlocution with the Legislative Branch.

Keywords: Executive Branch; Legislative Branch; Legislative process; Separation of Powers

Introdução

Entre as necessárias tarefas do Direito Constitucional e da Teoria do Estado encontram-se a revisitação periódica dos institutos jurídicos e a constante análise do desempenho das instituições políticas. No presente caso, o que se pretende é apresentar um panorama do papel institucional e do desempenho do Poder Executivo federal no processo legislativo brasileiro após a redemocratização do país, no período compreendido entre 1988 e 2018.

Para tanto, o recorte temporal tem como base o período de 30 anos desde a promulgação da Constituição Federal atualmente vigente, através da qual se consolidou um regime formatado por meio de eleições livres e periódicas e efetiva alternância de poder entre as variadas forças políticas que compõem nosso espectro partidário.

Como se sabe, o período compreendido entre 1988 e 2018,

além de ter restaurado o regime democrático e consolidado um novo patamar para o Estado de Direito no país, redesenhou as instituições políticas e possibilitou uma repactuação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com a manutenção do preconizado princípio da Separação de Poderes, cláusula pétrea da Constituição Federal, nos termos do seu artigo 60, §4º.

Dessa pactuação política na Constituição de 1988 resultou três Poderes independentes e harmônicos entre si, com uma série de atribuições, competências e instrumentos de controle sobre os demais, tendo como base o secular sistema de *checks and balances*.

Mais especificamente em relação ao Poder Executivo, a Constituição Federal – confirmando uma tendência herdada do período ditatorial antecedente² – consolidou na figura do Presidente da República um expressivo rol de atribuições e de poderes, dentre os quais, múltiplas formas de condução e controle sobre o processo legislativo³.

Podemos destacar entre os mais poderosos instrumentos na condução do processo legislativo à disposição do Presidente da República, a possibilidade de edição de medidas provisórias (art. 62 da Constituição Federal), o poder de iniciativa sobre as mais variadas espécies de proposições legislativas, incluindo emendas à Constituição (art. 60 da Constituição Federal), a possibilidade de imposição de vetos presidenciais totais ou parciais (art. 84, V da Constituição Federal), que demandam quórum qualificado para serem derrubados pelo Congresso, além da exclusividade na propositura de leis sobre determinados assuntos especificados pela Constituição (art. 61, § 1º da Constituição Federal).

Diante de tais instrumentos à disposição do Presidente da República, o espaço amostral delimitado entre 1988 e 2018 permite-nos analisar, com elevado grau de precisão, a forma como se deu a interação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no que tange à formulação e condução do processo legislativo federal, bem como verificar eventuais distorções, comportamentos anômalos ou incompatibilidades entre o desenho preconizado pelo texto constitucional e a prática político-institucional dos últimos trinta anos.

Para tanto, a análise será feita por meio de dados empíricos

² MOISÉS, José Álvaro, 2011, p. 8.

³ ILVA, Virgílio Afonso da, 2009, p. 296.

de três instrumentos presidenciais que se relacionam com o Poder Legislativo e o processo de formulação das normas jurídicas, quais sejam: a) a propositura de leis; b) a edição de medidas provisórias; e c) a oposição de vetos presidenciais.

Ressalta-se que a análise de cada um dos três instrumentos presidenciais que interferem no processo legislativo se dará de forma segmentada, possibilitando a particularização de cada um deles.

Nesse sentido, será feita a descrição do texto constitucional, da legislação ordinária e dos dispositivos regimentais que disciplinam tais poderes presidenciais, seguido da apresentação dos dados empíricos concretos quanto ao desempenho de tais instrumentos no dia-a-dia do processo legislativo federal ao longo dos últimos 30 anos.

Abaixo, listamos em breve síntese, quais os principais objetivos pretendidos com a análise empírica do desempenho desses três instrumentos presidenciais de condução do processo legislativo:

a) Propositura de leis por iniciativa do Executivo

A análise do referido instrumento será feita por meio da verificação de: a) número de proposições convertidas em norma jurídica, distribuídas por período presidencial e por autoria (Poder Executivo, Legislativo ou outros); b) porcentagem das proposições convertidas em norma jurídica, distribuídas por período presidencial e por autoria.

b) Edição de medidas provisórias

A análise do referido instrumento será feita por meio da verificação de: a) número de medidas provisórias editadas por período presidencial; b) média de dias para edição de medidas provisórias, por período presidencial.

c) Oposição de vetos presidenciais

A análise do referido instrumento será feita por meio da verificação de: a) número de vetos por ano e por período presidencial; b) número de vetos mantidos e rejeitados, por ano e por período presidencial.

A partir da descrição e da análise empírica desses instrumentos presidenciais, será possível vislumbrar a eficiência e as disfuncionalidades de tais mecanismos, bem como possibilitar uma análise mais abrangente quanto ao papel institucional do Presidente da República no presidencialismo brasileiro à luz da condução do processo legislativo e de sua interlocução junto ao Poder Legislativo.

Tal análise quanto ao desempenho institucional do Poder Executivo é relevante e necessária, principalmente em razão do fato desta ser a experiência presidencialista, inaugurada com a Constituição de 1988, mais longeva da história republicana brasileira, sob o formato de um modelo jurídico-constitucional democrático, que apesar de todos os defeitos e vicissitudes não encontra precedentes à altura na história deste país.

Analisá-lo, portanto, é tarefa essencial, para que possamos identificar de forma pragmática os problemas em nossa engenharia institucional e vislumbrar eventuais soluções que possibilitem a sua manutenção.

1. Propositura de leis por iniciativa do Poder Executivo

Como descrito anteriormente, a Constituição de 1988 avançou significativamente no sentido de conferir mecanismos mais amplos para o Presidente da República conduzir a agenda legislativa⁴. Um desses mecanismos constitucionais é aquele que dispõe sobre a sua competência privativa para propor leis que tratem sobre a organização da administração pública federal, os servidores públicos e sua remuneração, além de dispor sobre matérias tributárias e as peças orçamentárias, nos termos do artigo 60, §1º da Constituição Federal.

A Constituição também assegurou ao Presidente da República a possibilidade de propor emendas à Constituição, leis complementares e leis ordinárias sobre quaisquer assuntos de competência da União e de requerer sempre que necessário o regime de urgência para apreciação de matérias de seu interesse (art. 64, §1º da Constituição), de editar leis sob requerimento de delegação perante o Congresso – as leis delegadas (art. 68 da Constituição), além de impor restrições às emendas orçamentárias.

Para que possamos identificar o tamanho e a relevância do Poder Executivo na propositura de leis, convém que analisemos os números da produção legislativa após a promulgação da Constituição de 1988.

Excluindo-se as leis delegadas – que foram apenas duas, os decretos legislativos, resoluções da Câmara e do Senado e as medidas

⁴ FIGUEIREDO; LIMONGI, 2007, p. 152.

provisórias, que analisaremos separadamente, é possível identificar que, entre outubro de 1988 e dezembro de 2018⁵, foram aprovadas e se tornaram norma jurídica, 6.285 proposições legislativas⁶.

O quadro a seguir identifica a autoria dessas proposições, separadas por período presidencial:

Quadro 01: Número de proposições convertidas em norma jurídica, distribuídas por período presidencial e por autoria⁷:

Período	Proposições	Poder Executivo	Poder Legislativo	Outros	Total
	Emendas Constitucionais	00	00	00	00
Sarney	Leis Complementares	00	04	00	04
	Leis Ordinárias	240	41	34	315
	Emendas Constitucionais	00	04	00	04
Collor/ Itamar	Leis Complementares	09	09	01	19
	Leis Ordinárias	760	136	86	982

⁵ Até 05 de dezembro de 2018.

⁶ Sendo 99 emendas constitucionais, 105 leis complementares e 6081 leis ordinárias. Não foram consideradas para este cálculo, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as leis delegadas e as resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

⁷ Dados compilados até 17 de dezembro de 2018, pela Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação - Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados. Fontes utilizadas: Sistema de Informação Legislativa - Sileg - Câmara dos Deputados; Sistema de Legislação Informatizada - Legin - Câmara dos Deputados; Governo Federal - Base de Dados de Legislação Federal - Palácio do Planalto; Sistema de Informação do Congresso Nacional - Sicon (Senado Federal); e Banco de Soluções da Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação.

	Emendas Constitucionais	11	05	00	16
FHC 1	Leis Complementares	03	11	00	14
	Leis Ordinárias	639	142	24	805
	Emendas Constitucionais	06	13	00	19
FHC 2	Leis Complementares	13	07	00	20
	Leis Ordinárias	677	164	19	860
	Emendas Constitucionais	03	11	00	14
Lula 1	Leis Complementares	00	08	00	08
	Leis Ordinárias	616	157	30	803
	Emendas Constitucionais	02	12	00	14
Lula 2	Leis Complementares	08	07	00	15
	Leis Ordinárias	523	364	51	938
	Emendas Constitucionais	02	15	00	17
Dilma 1	Leis Complementares	03	07	00	10
	Leis Ordinárias	335	290	76	701

	Emendas Constitucionais	01	14	00	15
Dilma 2/Temer	Leis Complementares	03	12	00	15
	Leis Ordinárias	313	343	21	677
	Emendas Constitucionais	25	74	00	99
Total	Leis Complementares	39	65	01	105
	Leis Ordinárias	4.103	1.637	341	6.081

Na análise do quadro acima, é possível identificar que, das 6.285 proposições convertidas em norma jurídica entre 1988 e 2018, 4.167, ou aproximadamente 66,3% foram de iniciativa do Presidente da República. Outras 1.776 proposições (28,2%) foram de autoria do Poder Legislativo, e 342 (5,5%) de autoria do Poder Judiciário, Ministério Público da União, Defensoria Pública da União, Tribunal de Contas da União, por iniciativa popular, entre outros.

Nota-se, entretanto, que a diferença no número de proposições aprovadas e de autoria do Poder Executivo e do Poder Legislativo vem caindo gradativamente a cada período presidencial:

Quadro 02: Porcentagem das proposições convertidas em norma jurídica, distribuídas por período presidencial e por autoria:

Período	Poder Executivo	Poder Legislativo	Outros
Sarney	75,2%	14,1%	10,7%
Collor/Itamar	76,5%	14,8%	8,7%
FHC 1	78,2%	19%	2,8%
FHC 2	77,4%	20,5%	2,1%
Lula 1	75%	21,4%	3,6%
Lula 2	55,1%	39,6%	5,3%

Dilma 1	46,7%	42,9%	10,4%
Dilma 2/Te- mer	44,8%	52,2%	3%

Nesse sentido, já no segundo mandato da Presidente Dilma Rousseff e no mandato do Presidente Michel Temer (no período compreendido entre 2015 e 2018), o número de proposições convertidas em lei originárias do Poder Legislativo (52,2%) ultrapassou, pela primeira vez na série histórica, o número de proposições originárias do Poder Executivo (44,8%).

Com base nessa mudança verificada nos anos de 2015 e 2018, poderíamos dizer que o aumento de normas jurídicas originárias do Poder Legislativo e a queda de proposições do Poder Executivo se deu em razão da crise política que se desencadeou no período, com o impeachment da Presidente Dilma Rousseff e o oferecimento, pela Procuradoria-Geral da República, de denúncias contra o Presidente Michel Temer.

Nesse cenário, com a Presidência da República enfraquecida, teria, circunstancialmente, o Poder Legislativo assumido maior papel de protagonismo e preponderância na condução da agenda congressual e, portanto, se fortalecido por meio da proposição e aprovação de suas próprias leis.

Entretanto, trata-se de mera hipótese que não encontra precedente, por exemplo, durante o período presidencial também conturbado, de 1990 a 1994, durante os governos dos Presidentes Fernando Collor e Itamar Franco. Pelo contrário, em que pese a crise política e o impeachment do Presidente Collor, não se verificou, naquele período, queda significativa no número de normas jurídicas originárias do Poder Executivo⁸.

Por todo o exposto, não é possível afirmar, com grau de certeza, que essa tendência de aumento de normas jurídicas originárias do Poder Legislativo, em detrimento das proposições do Poder Executivo, se manterá nas próximas legislaturas. Isso porque o maior ou menor protagonismo do Presidente da República na condução da agenda do Poder Legislativo é variável e diretamente dependente da conjuntura política e do grau de afinidade e interlocução entre os

⁸ Entre 1990 e 1994, 769 normas jurídicas eram de autoria do Presidente da República, e apenas 149 originárias de propostas do Poder Legislativo.

Poderes ao longo dos períodos presidenciais.

Não se pode subdimensionar, entretanto, a relevância da atuação do Presidente da República no processo legislativo a partir de 1988, uma vez que configura algo singular do arranjo institucional brasileiro da Nova República, especialmente quando tais dados são comparados com os da atuação legislativa do Executivo na República de 1946-1964⁹.

2. Edição de medidas provisórias

Além da proposição de leis, conferiu-se ao Presidente da República, desde 1988, a inédita possibilidade de edição de medidas provisórias (art. 62 da Constituição). Este talvez seja um dos mais importantes instrumentos conferidos ao Poder Executivo, pois lhe assegura a prerrogativa para editar normas, quando constatada a relevância e urgência, que assumem força de lei a partir de sua publicação, antes mesmo de serem enviadas ao Congresso Nacional.

É preciso destacar o caráter inovador do instrumento das medidas provisórias na Constituição de 1988, que não possui precedente em nenhuma outra Constituição brasileira de períodos democráticos e que também não encontra “paralelo com os demais países que adotam o regime presidencialista”¹⁰.

As medidas provisórias descendem dos decretos-lei¹¹, instituídos na Constituição de 1937, do Estado Novo de Vargas, e aprimorados pelo regime militar na Constituição de 1967, com a diferença que, com a redemocratização e o advento da nova ordem constitucional, ampliaram-se as prerrogativas do Congresso Nacional para analisar o mérito das proposições, podendo emendá-las e alterar seu conteúdo durante a tramitação nas Casas legislativas.

Os dados permitem-nos concluir preliminarmente que o instrumento das Medidas Provisórias foi largamente utilizado por todos os Presidentes da República após a promulgação da Constitui-

⁹Fernando Limongi e Argelina Figueiredo destacam a atuação preponderante do Executivo no processo legislativo é inédita, quando comparada, por exemplo, com o quadro institucional verificado na República de 1946, in FIGUEIREDO; LIMONGI, 2007, p. 152.

¹⁰MORAES, 2009, p. 627.

¹¹MORAES, 2012, p. 700.

ção de 1988. Isso porque, entre 1988 e 2018, foram propostas 1.486 medidas provisórias originárias e 5.461 medidas provisórias reeditadas, totalizando 6.947 medidas provisórias no período. O quadro abaixo identifica o desempenho dos diversos períodos presidenciais, quanto à edição de medidas provisórias:

Quadro 03: Medidas Provisórias por período presidencial¹²:

Período	Originárias	Reeditadas	Total
Sarney	125	22	147
Collor	89	73	162
Itamar	142	363	505
FHC 1	159	2.427	2.586
FHC 2	205	2.576	2.781
Lula 1	240	-	240
Lula 2	179	-	179
Dilma 1	145	-	145
Dilma 2	59	-	59
Temer	143	-	143
Total	1486	5461	6947

Para que se possa dimensionar a importância das medidas provisórias nos últimos 30 anos, Sérgio Abranches destaca que, nas últimas décadas, “todas as políticas públicas importantes (...), a começar pelos planos econômicos destinados a controlar a inflação, foram implementados por meio de medidas provisórias”¹³.

São diversas as razões pelas quais este instrumento foi tão utilizado nesse período, destacando-se sua aplicação de caráter imediato, pois entram em vigor e passam a produzir efeitos jurídicos logo após sua edição, e por possuírem tramitação mais acelerada do

¹²Dados compilados até 31 de dezembro de 2018, pela Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação - Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados. Fontes utilizadas: Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados (Legin); Portal do Senado Federal; Portal da Legislação da Presidência da República; e Sistema de Informações Legislativas (Sileg).

¹³ABRANCHES, 2018, p. 99.

que as demais proposições legislativas¹⁴.

Originalmente, no artigo 62 da Constituição, que disciplina a possibilidade de edição das medidas provisórias, não havia limitações quanto às matérias que poderiam ser legisladas por meio das medidas provisórias, especificando-se, apenas, que as referidas proposições perderiam a eficácia caso não fossem aprovadas pelo Congresso Nacional e convertidas em lei no prazo de 30 dias.

Diante do curto prazo para apreciação pelas Casas legislativas, tornou-se usual pelos Presidentes da República, a reedição de medidas provisórias como forma de prorrogar a vigência daquelas medidas que ainda não haviam sido analisadas pelo Congresso Nacional.

Com isso, na prática, o Presidente da República passou a editar e reeditar medidas provisórias com força de lei, prorrogando sua vigência indefinidamente e produzindo, portanto, todos os seus efeitos jurídicos, sem que as referidas proposições fossem devidamente discutidas e votadas pelo Poder Legislativo¹⁵.

Conforme é possível verificar no quadro 3, até o segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, o Poder Executivo já havia encaminhado ao Congresso Nacional 638 medidas provisórias originárias e reeditado parte dessas medidas provisórias 5.461 vezes.

Nesse sentido, a reedição de medidas provisórias criou uma grave distorção no âmbito do processo legislativo, uma vez que os Presidentes da República do período passaram a utilizar a possibilidade de reedição de medidas provisórias como subterfúgio para prorrogar a vigência de seus atos normativos, sem a necessária análise legislativa.

Os excessos principalmente com a reedição de medidas provisórias só foram corrigidos com a reforma promovida a partir da Emenda Constitucional nº 32, de 2001¹⁶. Em síntese, a emenda em questão criou vedações materiais para a edição de medidas provisórias, impossibilitando, por exemplo, que essas proposições tratassem de direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral (art. 62, §1º, inciso I, alínea a); direito penal, processual penal e processual civil

¹⁴ ABRANCHES, 2018, p. 100.

¹⁵ FIGUEIREDO; LIMONGI, 2007, p. 164.

¹⁶ AMARAL JÚNIOR, 2009, p. 127.

(art. 62, §1º, inciso I, alínea b); e de matérias reservadas a lei complementar (art. 62, inciso III).

Além disso, a Emenda Constitucional nº 32 de 2001 também alterou o regime de tramitação das medidas provisórias, com a ampliação do prazo de vigência de trinta para sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, e estabelecendo a perda definitiva da vigência caso a proposição não seja analisada tempestivamente pelo Congresso Nacional (art. 62, §3º).

Por fim, para combater os excessos cometidos com a reedição de medidas provisórias, a Emenda Constitucional nº 32 de 2001, fixou, no artigo 62, parágrafo 10, estabeleceu de forma definitiva a vedação à “reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

Desde 2001, portanto, os Presidentes da República ficaram impedidos de reeditar medidas provisórias com idêntico conteúdo de outras que haviam perdido a eficácia naquela mesma sessão legislativa, evitando a prorrogação dessas proposições sem a devida análise pelo Congresso Nacional.

Superada a questão da reedição de medidas provisórias, convém que se analise o quadro 03 apenas quanto à edição de medidas provisórias originárias pelos Presidentes da República nos últimos 30 anos: nesse período, foram editadas 1.486 medidas provisórias originárias, chegando a uma média de 49 medidas provisórias por ano.

Em números absolutos, o período presidencial em que houve a edição do maior número dessas proposições se deu durante o primeiro mandato do Presidente Lula – curiosamente, logo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001, com 240 medidas provisórias.

A partir dos dados obtidos e pelo tempo de duração de cada um dos mandatos, é possível estabelecer um quadro comparativo entre as médias de edição de medidas provisórias por período presidencial:

Quadro 04: Média de Medidas Provisórias por período presidencial:

Período	Dias de mandato	Número de MPs	Média de dias para edição de cada MP

Sarney ¹⁷	527 dias	125	4,2
Collor ¹⁸	1.020 dias	89	11,4
Itamar	733 dias	142	5,1
FHC	2.922 dias	364	8,0
Lula	2.922 dias	419	6,9
Dilma ¹⁹	1.958 dias	204	9,6
Temer	964 dias	143	6,7

Da análise dos dados relativos à média de dias para edição de medidas provisórias nos períodos presidenciais, é possível verificar que os governos de Fernando Collor (média de 1 MP a cada 11,4 dias) e Dilma Rousseff (1 MP a cada 9,6 dias) editaram medidas provisórias em ritmo menor do que todos os outros Presidentes.

Isso poderia ser explicado, por exemplo, pelo fato de que ambos os governos enfrentaram, guardadas suas peculiaridades, maiores dificuldades na interlocução junto ao Poder Legislativo e porque seus governos protagonizaram crises políticas de grande proporção, que culminaram, em ambos os casos, com processos de impeachment.

Também é possível notar que os períodos de transição política, notadamente os governos de José Sarney (1 MP a cada 4,2 dias), Itamar Franco (1 MP a cada 5,1 dias) e Michel Temer (1 MP a cada 6,7 dias), apresentaram as menores médias de dias para edição de medidas provisórias, indicando o ritmo acelerado com que esses Presidentes editaram tais proposições legislativas.

Por fim, se compilarmos os dados obtidos quanto à proposição de leis ordinárias, leis complementares e emendas constitucionais, com os dados obtidos relativos às medidas provisórias, é possível constatar que em todos os períodos presidenciais, sem exceção, o Poder Executivo ocupou e ocupa papel preponderante na condução da agenda legislativa.

Em outras palavras, é o Poder Executivo, por meio de proposição de leis e medidas provisórias quem tem pautado a atuação do Congresso Nacional, provocando o Parlamento a se manifestar

¹⁷ Calculado entre 05 de outubro de 1988 e 15 de março de 1990.

¹⁸ Calculado até setembro de 1992.

¹⁹ Calculado até maio de 2016

quanto à agenda de Estado e de governo proposta pelos Presidentes da República em todos os períodos.

Nas palavras de Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, “após a promulgação da Constituição de 1988, o Executivo é o principal legislador do país: domina o processo legislativo influenciando decisivamente seus resultados”²⁰.

Nesse sentido, os números do desempenho da função legislativa do Poder Executivo e seu protagonismo em detrimento das próprias proposições do Poder Legislativo, nos últimos 30 anos, refletem e se justificam na ampliação dos poderes presidenciais para proposição de leis e edição de medidas provisórias, conforme estipulado pela Assembleia Nacional Constituinte.

Em tese, os maiores instrumentos para condução da agenda legislativa pelo Presidente da República justificam-se na necessidade de conferir maior velocidade às decisões governamentais e na implementação de reformas e de programas estratégicos para a condução da economia nacional²¹.

Seria uma espécie de antídoto, adotado na Constituição de 1988, para prevenir os vícios constatados na Constituição de 1946²² em que eram recorrentes os casos de paralisia decisória e de deturpação das propostas originais dos Presidentes da República, causados pela baixa capacidade presidencial de influenciar e controlar o processo legislativo.

Entretanto, o excesso de centralidade de competências na União e o protagonismo do Poder Executivo na agenda legislativa também geraram graves distorções ao longo dos últimos 30 anos, sendo um dos sintomas dessas distorções, a manobra utilizada, entre 1988 e 2001, para reedição irrestrita de medidas provisórias.

²⁰ FIGUEIREDO; LIMONGI, 2007, p. 176.

²¹ José Eduardo Faria explica que “condicionado assim por dois princípios conflitantes, o da legalidade (típico do Estado liberal-clássico), e o da eficiência das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência), o Estado contemporâneo, por meio de seu Poder Executivo, passa a agir de modo paradoxal gerando, em nome da estabilização monetária, do equilíbrio das finanças públicas, da retomada do crescimento e da abertura comercial e financeira, uma corrosiva inflação jurídica. Este tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, (...)” in FARIA, 2010, p. 09.

²² FIGUEIREDO; LIMONGI, 2007, p. 185.

Em diversos períodos presidenciais, a atuação incisiva e por vezes agressiva dos governos na condução da agenda legislativa e na elaboração das leis, acabou subjugando o Congresso Nacional e colocando em xeque a sua própria autonomia.

Não foram raros os momentos, por exemplo, em que parlamentares de oposição denunciaram as manobras regimentais da maioria, e acusaram os governos de passarem o “rolo compressor” sobre o Parlamento²³, dificultando que as discussões fossem feitas com a profundidade necessária, ou mesmo que emendas fossem inseridas nos projetos originários do Poder Executivo.

Além disso, também se deve dar destaque para o fato de que a Emenda Constitucional nº 32/2001 conferiu um rito de tramitação próprio para as medidas provisórias, estabelecendo que, depois de esgotado parte do prazo de tramitação, as MPs entram em regime de prioridade, “trancando” a pauta de deliberações na Câmara e no Senado.

Na prática, a mudança constitucional possibilitou que as MPs, depois do decurso de parte do seu prazo de vigência, sejam obrigatoriamente votadas, sob pena de impedir que quaisquer outras proposições sejam deliberadas pelas Casas legislativas.

No dia-a-dia parlamentar, o excesso de medidas provisórias editadas pelos governos e o novo regime de tramitação adotado pela Emenda Constitucional 32, geraram um enorme engessamento do Poder Legislativo, impossibilitando, com frequência, que os parlamentares exercitassem sua autonomia, encontrando dificuldades, por exemplo, de definirem a ordem do dia de deliberações feitas nos plenários da Câmara e do Senado, conforme observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Pode-se dizer que o Legislativo, enquanto poder de legislar, fenece. Seu papel, no campo que foi sua razão de ser, torna-se apagado, reduzido a um controle as vezes inviável pela consumação dos efeitos da Medida Provisória. (...) seus trabalhos legislativos ficam na dependência das Medidas Pro-

²³ Câmara Notícias, “Partidos da base comemoram coesão; oposição reclama de rolo compressor, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/POLITICA/193756-PARTIDOS-DA-BASE-COMEMORAM-COESAO-OPOSICAO-RECLAMA-DE-ROLO-COMPRESSOR.html>. Acesso em 21 de nov. de 2019.

visórias e no ritmo destas. Têm elas, com efeito, prazos obrigatórios de tramitação, sob pena de sobrestamento de outras ‘deliberações legislativas’. Isto significa uma prioridade para as Medidas provisórias em relação aos projetos de lei (...) de iniciativa parlamentar. E como as Medidas Provisórias são muitas, pouco resta para o exame destes projetos”²⁴.

Sérgio Abranches destaca que a Emenda nº 32, que deu às medidas provisórias precedência sobre as demais proposições legislativas, ampliou os poderes presidenciais para controlar a agenda legislativa, podendo, por meio do trancamento de pauta, bloquear que iniciativas contrárias ao interesse do governo avançassem. Nesse sentido, Abranches destaca que “Fernando Henrique e Lula usaram, muitas vezes, as MPs para coibir a iniciativa legislativa dos parlamentares que podia gerar legislação adversa a seus projetos de governo”²⁵.

Se é certo que a Constituição de 1988 visava conferir maior poder de controle do Executivo sobre a condução das proposições de seu interesse no Parlamento, também é verdade que o modelo adotado – na maior parte dos períodos presidenciais – exacerbou nos poderes conferidos ao Presidente na medida em que recorrentemente colocou o Parlamento em posição institucional inferior, ferido em sua autonomia política e prejudicado para o desempenho de suas prerrogativas, em especial aquelas que se referem à elaboração, modificação e aprovação das proposições legislativas.

Paradoxalmente, as novas e poderosas prerrogativas presidenciais, na elaboração e condução da agenda congressual, tornaram iminente a necessidade dos Presidentes da República em obterem efetivo apoio político no Parlamento, como forma de assegurar a tramitação de suas proposições e aprovação célere de suas medidas provisórias.

3. Aposição de vetos presidenciais

Juntamente com a possibilidade de proposição de leis e edição de medidas provisórias, os vetos presidenciais constituem um

²⁴ FERREIRA FILHO, 2012, p. 71.

²⁵ ABRANCHES, Sérgio, 2018, p. 100.

dos mais importantes instrumentos que possibilitam a atuação do Presidente da República no processo legislativo.

Nesse sentido, excetuadas as emendas constitucionais, projetos de resolução e projetos de decreto legislativo, a Constituição Federal confere ao Presidente da República as competências privativas para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis” (art. 84, inciso IV), bem como “vetar projetos de lei, total ou parcialmente” (art. 84, inciso V), desde que devidamente justificado quanto à eventual inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público, no prazo de quinze dias úteis contados da data do recebimento do projeto de lei pelo Poder Executivo²⁶, nos termos do artigo 66, §1º da Constituição.

Com base no levantamento de dados legislativos entre os anos de 1989 e 2018, é possível verificar que ao longo desse período, todos os Presidentes da República exerceram efetivamente essa prerrogativa constitucional, vetando total ou parcialmente, diversas proposições legislativas aprovadas pelo Congresso Nacional, conforme demonstrado abaixo:

Quadro 05: Número de vetos presidenciais por ano e período presidencial²⁷

Ano / Governo	Vetos Totais	Vetos Parciais	Total
1989 – Sarney	32	30	62
1990 – Collor	25	27	52
1991 – Collor	27	29	56
1992 – Collor	17	36	53
1993 – Itamar	24	36	60
1994 – Itamar	18	19	37
1995 – FHC	36	25	61
1996 – FHC	17	19	36
1997 – FHC	05	22	27
1998 – FHC	05	23	28

²⁶ MORAES, 2012, p. 688.

²⁷ Os dados entre 1989 e 2013 foram obtidos a partir da pesquisa de Paulo Massi Dallari, in DALLARI, Paulo Massi, op. cit., p. 90. Os dados entre 2013 e 2018, foram obtidos a partir de consulta ao Portal do Congresso Nacional, disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos>

1999 – FHC	04	12	16
2000 – FHC	08	36	44
2001 – FHC	15	37	52
2002 – FHC	13	25	38
2003 – Lula	12	32	44
2004 – Lula	05	30	35
2005 – Lula	09	28	37
2006 – Lula	09	25	34
2007 – Lula	08	33	41
2008 – Lula	15	39	54
2009 – Lula	19	50	69
2010 – Lula	14	29	43
2011 – Dilma	09	28	37
2012 – Dilma	09	44	53
2013 – Dilma	19	40	59
2014 – Dilma	10	26	36
2015 – Dilma	19	45	64
2016 – Dilma	00	16	16
2016 – Temer	03	33	36
2017 – Temer	07	43	50
2018 – Temer	03	39	42
Total	416	956	1.372

Entre os anos de 1989 e 2018, os Presidentes da República vetaram, total ou parcialmente, 1.372 proposições legislativas, com uma média de 45 vetos por ano de mandato.

Considerando que, neste mesmo período, o Congresso Nacional aprovou e encaminhou ao Poder Executivo, cerca de 12.715 proposições²⁸, o número de vetos corresponde a cerca de 10,8% do total de proposições legislativas encaminhadas para apreciação do

²⁸ Sendo 106 leis complementares, 6.110 leis ordinárias, 02 leis delegadas e 6.497 medidas provisórias. Não foram consideradas para este cálculo, as 99 emendas constitucionais, os 11420 decretos legislativos e as Resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Presidente da República.

A Constituição Federal também conferiu ao Congresso Nacional o poder de dar a decisão final a respeito dos vetos presidenciais²⁹, conforme o parágrafo 4º do artigo 66, que estabelece que a análise de vetos deverá ser feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, no prazo de trinta dias. Nesse sentido, para que haja a derrubada do veto presidencial é necessária a maioria absoluta dos Deputados e dos Senadores – que votam separadamente, durante a mesma sessão plenária³⁰.

Dada a relevância da análise dos vetos presidenciais pelo Congresso Nacional – enquanto um dos mais importantes mecanismos do controle do Poder Executivo pelo Legislativo – a Constituição estabeleceu, no artigo 66, §6º, que, esgotado o prazo de 30 dias para análise congressional, o veto presidencial deveria ser incluído na ordem do dia da sessão seguinte, “sobrestadas as demais proposições, até sua votação final”³¹.

Entretanto, a partir da análise dos 30 anos desde a promulgação da nova Constituição, verifica-se que até julho de 2013, o Congresso Nacional não exercia sua prerrogativa constitucional de rever os vetos presidenciais, pois “a maior parte dos vetos não eram submetidos à votação”³².

Nesse sentido, Paulo Dallari explica que para burlar o artigo 66, §6º da Constituição, utilizava-se o artigo 104 do Regimento Interno do Congresso Nacional, por meio do qual entendia-se “que a contagem do prazo constitucional se dava a partir da sessão con-

²⁹ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “no processo de formação da lei ordinária, no Brasil, a vontade principal é a do Congresso, na qual se integra, pela sanção, a vontade secundária do Presidente. Tanto é esta secundária que pode ser dispensada, pela aprovação do projeto por maioria qualificada”, in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251.

³⁰ Houve uma modificação no âmbito da apreciação dos vetos presidenciais pelo Congresso Nacional, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 76/2013, que retirou do artigo 66, §4º, a exigência de votação secreta para a derrubada dos vetos.

³¹ Importante destacar que o artigo 66, §6º foi alterado por meio da Emenda Constitucional nº 32/2001. Isso porque, originalmente, a redação deste parágrafo previa que os vetos teriam prioridade sobre todos os demais itens, com exceção das medidas provisórias.

³² DALLARI, 2015, p. 94.

vocada para conhecimento da matéria'. Consequentemente, se uma sessão conjunta do Congresso Nacional para apreciação dos vetos não fosse realizada, o prazo não se iniciaria e a apreciação dos vetos poderia ser postergada indefinidamente”³³.

Ainda segundo Paulo Dallari, 1.103 proposições foram vetadas entre os anos de 1988 e 2014, entretanto, apenas 8 desses vetos foram posteriormente rejeitados pelo Congresso Nacional³⁴: dois vetos parciais e um veto total no 1º mandato, e um veto parcial e um veto total no 2º mandato de Fernando Henrique Cardoso; 2 vetos totais no 1º mandato de Luiz Inácio Lula da Silva; e um veto parcial no 1º mandato de Dilma Rousseff³⁵.

Foi justamente o veto parcial derrubado no 1º mandato de Dilma Rousseff, o Veto nº 38 de 2012, que abriu a possibilidade de revisão da forma como os vetos presidenciais vinham sendo tratados – ou, na verdade, não vinham sendo tratados – pelo Congresso Nacional.

Naquela ocasião, discutia-se a derrubada do veto parcial ao Projeto de Lei nº 2565/2011³⁶, que tratava dos critérios para distribuição dos royalties do petróleo. Entretanto, diante do impasse a respeito do tema, com especial descontentamento advindo das bancadas dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, coube ao Deputado Federal Alessandro Molon (PT/RJ) impetrar perante o Supremo Tribunal Federal o Mandado de Segurança nº 31.816/DF, relatado pelo Ministro Luiz Fux, para questionar a legalidade na decisão da Mesa do Congresso Nacional em aprovar a urgência para apreciação do Veto nº 32/2012, em detrimento de todos os demais vetos pendentes.

O impetrante alegava que o Congresso Nacional não poderia apreciar, com preferência, o veto nº 32/2012, antes de analisar todos os vetos cronologicamente mais antigos, que haviam sido encaminhados ao Congresso Nacional, mas jamais apreciados. Informava ainda quanto à existência de mais de 3.000 vetos pendentes de

³³ DALLARI, 2015, pp. 94-95.

³⁴ DALLARI, 2015, p. 93.

³⁵ De acordo com a pesquisa, não foram registradas derrubadas de vetos presidenciais nas gestões de Fernando Collor e no 2º mandato de Luiz Inácio Lula da Silva.

³⁶ Convertido na Lei nº 12.734/2012.

apreciação perante o Congresso³⁷.

Em que pese o Relator, Ministro Luiz Fux, ter reconhecido a “crônica omissão constitucional” do Congresso Nacional quanto à análise dos vetos, ele foi voto vencido no Pleno do STF³⁸, restando a decisão da maioria no sentido de que não caberia ao STF definir a ordem de apreciação dos vetos presidenciais pelo Congresso Nacional³⁹.

O episódio ocorrido ainda no primeiro mandato de Dilma Rousseff é considerado um ponto de inflexão na análise dos vetos presidenciais pelo Congresso Nacional. Isso porque, a partir dessa decisão, foi editada a Resolução nº 1, de 11 de julho de 2013, que passou a considerar o prazo de trinta dias para apreciação dos vetos, contado a partir da data de recebimento da mensagem presidencial com as razões de veto. Desde então, “os vetos passaram a ser votados pelos parlamentares no prazo constitucional”⁴⁰.

Entre julho de 2013 e dezembro de 2018, o Congresso Nacional analisou, dentro do prazo constitucional, 267 vetos presidenciais, sendo possível, a partir disso, quantificar o número de vetos mantidos e rejeitados nesse mesmo período:

Quadro 06: Número de vetos presidenciais mantidos e rejeitados, por ano e período presidencial⁴¹

³⁷ Segundo Paulo Dallari, 3.000 seria o número de dispositivos (artigos, incisos, parágrafos e alíneas) vetados pelos Presidentes ao longo do tempo, e não o número de lei vetadas parcial ou totalmente ao longo do tempo, in DALLARI, 2015, p. 96.

³⁸ No âmbito do MS nº 31.816/DF, o Ministro Luiz Fux concedeu a liminar para suspender a apreciação do veto ao Projeto de Lei nº 2565/2011. Entretanto, no julgamento do Agravo Regimental, a liminar foi revogada, por 6 votos a 4.

³⁹ Depois da revogação da medida liminar, o Congresso Nacional decidiu pela rejeição do veto Parcial nº 32/2012, confirmando a entrada em vigor de todos os dispositivos que haviam sido aprovados anteriormente pelo Poder Legislativo.

⁴⁰ DALLARI, 2015, p. 97.

⁴¹ Os vetos considerados prejudicados, não foram considerados para a montagem da tabela. Dados do portal do Congresso Nacional, disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos>.

Ano / Governo	Vetos mantidos	Vetos rejeitados	Vetos rejeitados parcialmente
2013 – Dilma	36	00	00
2014 – Dilma	35	00	01
2015 – Dilma	57	02	04
2016 – Dilma	16	00	00
2016 – Temer	31	01	03
2017 – Temer	41	06	02
2018 – Temer ⁴²	27	03	02
Total	243	12	12

Os números indicam que, após a Resolução nº 1/2013 e a tempestiva apreciação dos vetos presidenciais pelo Congresso Nacional, os Presidentes da República ficaram um pouco mais suscetíveis a terem suas decisões revistas pelo Legislativo. Entretanto, a sequência histórica indica que é maior a probabilidade de que o Congresso Nacional mantenha os vetos presidenciais, até mesmo pela dificuldade em se atingir o quórum de maioria absoluta para sua eventual rejeição de veto.

Tomando como parâmetro apenas os anos entre 2014 e 2018, é possível concluir que, dos 344 vetos totais e parciais assinados pelos Presidentes Dilma Rousseff e Michel Temer nesse período, apenas 24, ou cerca de 7% dos vetos presidenciais foram rejeitados pelo Congresso, total ou parcialmente. Ainda assim, o número de vetos derrubados em quatro anos, foi três vezes maior do que o número de vetos revistos pelo Congresso ao longo dos 26 anos anteriores.

É curioso notar, entretanto, que embora o espaço amostral seja relativamente pequeno, a decisão presidencial pelo veto e a posterior decisão congressional quanto a sua manutenção ou rejeição não parecem tão sensivelmente suscetíveis ou influenciáveis pela conjuntura política e eventuais crises no relacionamento entre os Poderes Legislativo e Executivo.

⁴² Dos 42 vetos do Presidente Michel Temer em 2018, 33 foram analisados pelo Congresso nacional até dezembro de 2018.

Tal conclusão se baseia no fato de que nos meses que antecederam o impeachment, no ano de 2016, todos os vetos presidenciais interpostos pela Presidente Dilma Rousseff foram posteriormente mantidos pelo Congresso Nacional. Essa observação parece coerente quando se analisa o fato de que, mesmo tendo sofrido impeachment, o então Presidente Collor também não enfrentou dificuldades no Congresso ao vetar dispositivos legais, uma vez que o Parlamento, naquela época, sequer analisava os vetos com a recorrência devida.

Nesse sentido, ao menos até o período presidencial mais recente, que serve de base amostral para esta pesquisa, não se pode estabelecer relações diretas entre o maior ou menor apoio congressional do Presidente da República, e a maior ou menor taxa de eficiência na manutenção dos vetos presidenciais.

Em síntese, até o atual momento, é possível dizer que a análise dos vetos presidenciais segue lógica própria dentro do Congresso Nacional, só havendo mobilização pela sua rejeição, total ou parcial, quando se tratam de assuntos de interesse de bancadas regionais ou bancadas temáticas⁴³, cujo poder de articulação é forte e organizado o suficiente para conduzir e influenciar o processo de votação do veto presidencial. Excluindo-se temas sensíveis a determinados grupos de interesse dentro do Congresso, a tendência natural é sempre pela manutenção do veto.

Voltando à questão da flagrante omissão do Poder Legislativo na apreciação dos vetos presidenciais até 2013, é possível concluir, em primeiro lugar, que sempre houve baixa disposição congressional em exercer a plenitude de suas prerrogativas, abstendo-se, nesse caso, de dar a palavra final quanto à apreciação das leis.

Além disso, tal omissão reitera a conclusão apresentada no item anterior, quanto ao protagonismo e preponderância do Poder Executivo na condução da agenda legislativa. Ou seja, ainda que dotado de mecanismos para exercer seu papel constitucional no que se refere à apreciação dos vetos, o Congresso Nacional, entre 1989 e 2013, omitindo-se, deu ao Presidente da República um poder adicional: o de decidir, guardadas as raríssimas exceções, de forma absolu-

⁴³ Entende-se por bancadas regionais as bancadas distribuídas pelas unidades da federação e regiões do país, e por bancadas temáticas, aquelas cuja organização baseia-se em pautas e interesses específicos, como questões relativas à agropecuária, segurança pública, e micro e pequenas empresas, por exemplo.

ta e definitiva sobre as proposições legislativas.

Nesse sentido, a ausência do Congresso Nacional na deliberação dos vetos, por quase 25 anos, reflete em parte, o sistema de governo moldado após 1988, no qual, além de muito poderoso, por arbítrio da Assembleia Nacional Constituinte, os Presidentes da República foram bem sucedidos no propósito de controlar e conduzir a agenda legislativa, requerendo, para tanto, amplo e necessário apoio político das forças que integram o Parlamento.

Conclusões

A ampla literatura de Direito Constitucional e Ciência Política concordam que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente os poderes e prerrogativas do Presidente da República, desequilibrando a tripartição dos Poderes em favor do Poder Executivo.

São exemplos nesse sentido, a inédita possibilidade de edição de medidas provisórias com força de lei, bem como a ampliação do rol de matérias de competência privativa do Presidente da República, tais como assuntos relativos a servidores públicos, organização da administração e as matérias de natureza orçamentária.

A Constituição de 1988 ainda conferiu ao Presidente da República a possibilidade de propor leis, incluindo emendas constitucionais, sobre quaisquer assuntos de competência da União, bem como de solicitar leis delegadas e de requerer, sempre que necessário, a urgência constitucional para a tramitação de assuntos de seu interesse prioritário.

Na mesma linha de conferir força ao Presidente na agenda legislativa, a Constituição reproduz a possibilidade de aposição de vetos parciais e totais sobre as proposições legislativas e estabeleceu um quórum de maioria absoluta para eventual derrubada de tais vetos pelo Congresso Nacional.

Essa exacerbação do presidencialismo na Constituição de 1988, a partir da hipertrofia do Poder Executivo, centralizado na figura do Presidente da República pode ser dimensionada a partir da análise da produção legislativa entre 1988 e 2018, que demonstra que em todos os períodos presidenciais do período, sem exceção, o Poder Executivo ocupou e ocupa papel preponderante na condução

da agenda legislativa.

Nesse sentido, a partir de 1988 é o Poder Executivo, principalmente por meio de proposição de leis e medidas provisórias, quem tem pautado a atuação do Congresso Nacional, provocando o Parlamento a se manifestar quanto à agenda de Estado e de governo proposta pelos sucessivos governos.

Com base na análise empírica da produção legislativa, foi possível concluir que entre 1988 e 2018, aproximadamente 66,3% das matérias convertidas em lei foram de iniciativa do Presidente da República. Merece destaque, entretanto, que a diferença no número de proposições aprovadas, de autoria do Presidente ou dos próprios parlamentares, vem caindo gradativamente a cada período presidencial.

Já na legislatura de 2015 e 2018, pela primeira vez na série histórica, o número de proposições do Poder Legislativo superou as proposições de autoria do Poder Executivo. Em parte, a explicação para tal fenômeno pode se dar em razão da crise política vivenciada no país nesse período, em decorrência do impeachment, entretanto, não há elementos fáticos suficientes para embasar tal teoria, uma vez que o mesmo fenômeno não ocorreu no período do impeachment do Presidente Collor. Tampouco é possível concluir se se trata de situação circunstancial ou de uma mudança conjuntural de efetiva mudança no comportamento dos atores políticos no âmbito do processo legislativo. Seguramente, em desdobramento desta pesquisa, a análise dos dados referentes à legislatura de 2019 a 2022 trará respostas mais conclusivas.

Em relação às medidas provisórias, verificou-se que trata-se de instrumento exaustivamente utilizado ao longo dos últimos 30 anos, totalizando 6.947 medidas provisórias no período, sendo 1.486 originárias e 5.461 reeditadas até o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001.

Em quantidade de medidas provisórias editadas por período presidencial, verificou-se que os governos Collor e Dilma editaram medidas provisórias em ritmo menor do que todos os outros Presidentes (1 MP a cada 11,4 dias; e 1 MP a cada 9,6 dias, respectivamente), ao passo que os governos de transição política e de reformas econômicas liderados por José Sarney, Itamar Franco e Michel Temer editaram MPs em ritmo mais acelerado (1 MP a cada 4,2 dias; 1 MP a cada 5,1 dias; e 1 MP a cada 6,7 dias, respectivamente).

Somando-se os dados da produção de leis ordinárias, leis complementares, emendas constitucionais e medidas provisórias, verifica-se, como pressuposto, que em todos os períodos presidenciais, sem exceção, o Poder Executivo desempenhou papel central na condução da agenda legislativa. Em outras palavras, é o Poder Executivo, por meio dos instrumentos que lhe confere a Constituição Federal desde 1988, quem tem pautado a atuação do Congresso Nacional, por meio da imposição de sua agenda governamental.

Por fim, em relação aos vetos presidenciais, merece destaque o número de proposições vetadas pelos Presidentes da República entre 1988 e 2018, que representa pouco mais de 10,8% de todas as normas aprovadas pelo Parlamento nesse período.

Em relação à análise dos vetos presidenciais pelo Congresso Nacional, entretanto, há que se mencionar que até 2014, apenas 8 das 1.103 proposições vetadas tiveram os respectivos vetos derrubados pelo Parlamento, principalmente em razão da omissão do Poder Legislativo em cumprir o prazo constitucional para análise dos vetos presidenciais. A partir de 2013, entretanto, com mudança de comportamento do Congresso Nacional, os vetos passaram a ser analisados tempestivamente, elevando para aproximadamente 7% a porcentagem de vetos presidenciais derrubados pelo Congresso Nacional.

Com base nos dados apresentados referentes à produção legislativa das últimas três décadas, não restam maiores dúvidas quanto ao protagonismo do Presidente da República e o expressivo poder de controle do Executivo sobre a condução das proposições de seu interesse no Parlamento. Entretanto, é preciso ponderar que o modelo adotado exacerbou nos poderes conferidos ao Presidente, gerando sérias distorções institucionais, especialmente quanto à separação, igualdade hierárquica e autonomia entre os Poderes.

Isso porque, não raras vezes, o Parlamento subjugou-se em posição hierárquica inferior ao Poder Executivo, pressionado pelos instrumentos à disposição do Presidente da República, ferido em sua autonomia política e prejudicado para o desempenho de suas prerrogativas, em especial aquelas que se referem à elaboração, modificação e aprovação das proposições legislativas.

Como exemplos das disfuncionalidades desse modelo de interação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no âmbito do processo legislativo a partir de 1988, podemos citar a deletéria prá-

tica de reedição de medidas provisórias, sem que fossem analisadas pelo Congresso Nacional, que vigorou no país até a Emenda Constitucional nº 32, de 2001; e a omissão do Poder Legislativo em analisar tempestivamente os vetos presidenciais no período compreendido entre 1988 e 2013.

Tanto a reedição de medidas provisórias, quanto a omissão congressual na análise de vetos presidenciais são sintomas claros dessa exacerbação presidencial e do domínio exercido pelo Poder Executivo sobre a agenda legislativa, forçando, ainda que de forma pactuada com as mais variadas forças políticas, a violação ao princípio da Separação dos Poderes, o descumprimento da própria Constituição e a negligência do Parlamento no desempenho de suas funções primordiais.

Nesse sentido, há que se destacar mudanças que ainda se fazem necessárias no regramento do processo legislativo e na atuação do Poder Executivo sobre a agenda legislativa, como forma de assegurar a manutenção da autonomia do Poder Legislativo e o efetivo cumprimento do Princípio da Separação de Poderes.

Entre as mudanças que podemos destacar encontram-se a necessária reforma do instituto das medidas provisórias, ampliando a responsabilidade do Poder Executivo quanto ao efetivo cumprimento dos requisitos de relevância e urgência, combatendo, com isso, os excessos na edição de tais proposições com força de lei imediata. Há ainda que se garantir o estabelecimento de prazos mais rígidos nas diversas etapas de tramitação das MPs, para que tanto a Câmara quanto o Senado tenham igualmente tempo hábil para análise das proposições.

Há ainda que se falar em uma revisão das competências legiferantes da União, descentralizando-as para Estados e Municípios como forma de equilibrar efetivamente o sistema de repartição de competências de nossa Federação. Com tal iniciativa, além de diminuirmos significativamente a pluralidade de temas sob responsabilidade do Poder Executivo federal, criaremos condições efetivas para ressignificar politicamente os órgãos legislativos dos entes federativos subnacionais.

Por fim, há que se aprofundar os debates em torno do papel do Presidente da República no nosso sistema de governo, a forma com que tem se dado a interação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo no nosso arranjo institucional, muitas vezes dotado de vi-

cissitudes, e a restauração de instrumentos mais efetivos de mediação política entre esses Poderes, de forma a possibilitar um diálogo institucional mais harmônico, transparente e republicano no âmbito do processo de tomada de decisões em nosso país.

Referências bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. 20 anos da Constituição brasileira de 1988: a Constituição foi capaz de limitar o poder? In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

DALLARI, Paulo Massi. *O instituto do veto presidencial no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2015.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O desequilíbrio entre os Poderes*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Princípios constitucionais relevantes*. Porto Alegre: Magister, 2012.

FIGUEIREDO, Agelina Cheibud; LIMONGI Fernando. *Instituições políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira*. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (org.). *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MOISÉS, José Álvaro. *O desempenho do Congresso Nacional no Presidencialismo de Coalizão*. In: _____ (org.). *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

MORAES, Alexandre de. A evolução da atuação do Presidente da República no processo legislativo brasileiro nesses 20 anos de Constituição. In _____ (coord.). Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Presidencialismo y Federalismo en Brasil: los desencuentros entre política y derecho. In ELLIS, Andrew; HENRÍQUEZ, J. Jesús Orozco; ZOVATTO, Daniel (Coord.). Cómo hacer que funcione el sistema presidencial – making presidentialism work. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2009.

Devido Processo Legislativo em tempos de subversão da Constituição

LEGISLATIVE DUE PROCESS IN TIME OF CONSTITUCIONAL SUBVERSION

Adamo Dias Alves¹
Luiza Martins Santos²

Resumo: O presente artigo caracteriza-se por analisar, tendo em vista o Decreto n.º 9.759, em 11 de abril de 2019, em que medida o contexto de polarização crescente e a crise entre os poderes criou as condições para o exercício autoritário das atividades de governo e, portanto, contrário ao Estado Democrático de Direito. Para a consecução do objetivo, optou-se por utilizar, como marcos referenciais, a Teoria Crítica da Sociedade proposta por Habermas, assim como a Teoria Crítica da Constituição idealizada por Cattoni de Oliveira, para problematizar o caso estudado. Conclui-se, que o Decreto n.º 9.759/2019 representa uma violação à Constituição de 1988 e um ato que tenta subverter o princípio de separação dos poderes e do devido processo legislativo.

Palavras-Chave: Estado Democrático de Direito; Autoritarismo; Devido Processo Legislativo; Constituição.

Abstract: This article is characterized by analyzing, from the publication of Decree n.º 9,759, on April 11, 2019, the extent of the context of increasing polarization and the crisis between the political powers created the conditions for the authoritarian exercise of government activities and, therefore, contrary to the Constitutional Democracy. As a result, it was observed that such a decree is sub-

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: adamodias@ufmg.br

² Graduanda de Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: luizatins@yahoo.com.br.

versive to the constitution, since the legislative due process is built under the government's openness to the direct and active participation of society in the process of legislative justification and creation. Finally, it is concluded that Decree nº 9,759 / 2019 represents a violation of the Brazilian constitution and an act that tries to subvert the principle of separation of powers and legislative due process.

Keywords: Constitutional Democracy; Authoritarianism; Legislative due process; Constitution.

Introdução:

No atual contexto de polarização crescente e crise entre os poderes, questiona-se se estão presentes as condições para o exercício contrário ao Estado Democrático de Direito. Para isso, o principal ponto de discussão é questionar “se” e “como”, a partir da publicação do Decreto n.º 9.759, em 11 de abril de 2019, pelo presidente Jair Bolsonaro, houve uma quebra do devido processo legislativo.

O artigo realiza um breve estudo de caso à luz dos marcos teóricos escolhidos. Usa do raciocínio lógico dedutivo, para empreender uma análise de conteúdo de documentos como decisões judiciais, decretos e discursos políticos. Dessa forma, tendo como base teórica a Teoria Crítica da Sociedade proposta por Habermas, assim como a Teoria Crítica da Constituição idealizada por Cattoni de Oliveira, o que se observa é que o decreto presidencial, objeto deste estudo de caso, é um exemplo claro de violação ao princípio democrático previsto na Constituição Federal de 1988. Isso se deve ao fato do devido processo legislativo se construir sob a abertura governamental à participação direta e ativa da sociedade no processo de justificação e criação legislativa. Portanto, o Decreto nº 9.759/2019 viola a Constituição de 1988, além de ser um ato subversivo ao princípio de separação dos poderes e do devido processo legislativo.

1. Apresentando a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia no pensamento de Jürgen Habermas.

A Teoria Discursiva do Direito habermesiana defende que uma sociedade moderna procura organizar-se por meio do Direito, o qual, guardando uma relação de co-originalidade e complementariedade com uma “moralidade pós-convencional”³, pretende legitimar seus processos de criação e aplicação com base no princípio democrático⁴.

Em concordância com a “teoria do funcionamento do raciocínio principiológico” de Kohlberg⁵, uma aplicação do direito, para que seja legítima, deve ser fundada na reciprocidade, uma exigência que a perspectiva de cada indivíduo seja levada em conta. Como afirma Kohlberg, uma solução justa para um dilema moral é uma solução aceitável para todas as partes, cada qual considerada livre e igual e na suposição de que nenhuma saiba que papel viria assumir na situação (problemática)⁶.

Sob uma reconstrução paradigmática, o Direito se constrói sob o caráter hermenêutico das práticas jurídicas cotidianas, de modo que não há como compreendê-lo da perspectiva de um observador externo que não leva a sério o ponto de vista normativo dos implicados, isto é, das pretensões jurídicas levantadas pelos próprios

³ “Kohlberg, partindo de Jean Piaget, formula uma teoria construtivista-cognoscitivista do desenvolvimento moral, segundo a qual este se daria por meio de níveis estruturais cada vez mais sofisticados de aprendizagem e de raciocínio acerca de questões prático-morais; o nível pré-convencional, caracterizado por uma perspectiva individual concreta; o nível convencional, centrado nos papéis grupais e sociais; e o nível pós-convencional, que requer uma atitude crítico-reflexiva acerca de papéis, normas e instituições sociais, a partir, quer dos direitos humanos e do bem-estar social, no estágio 5, quer a partir do reconhecimento argumentativo de princípios morais universais, no estágio 6. Uma moralidade pós-convencional é a aquela cujas normas se justificam à luz de um princípio da universalização e que se aplicam no marco de um princípio formal de adequabilidade” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2015, p. 22).

⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, 2015.

⁵ GALLUPO, 2002.

⁶ HABERMAS, 1989.

participantes dessa prática⁷.

Segundo Habermas, é do próprio procedimento democrático que decorre a força capaz de legitimar o Direito. Para ele, apenas o procedimento democrático da legislação possui eficácia legitimante. Nesse sentido, em sua perspectiva de pragmática universal, ele afirma que há condições universais de discurso que devem ser seguidas em toda comunicação para que as pretensões levantadas sejam válidas. A busca pelo entendimento deve ser “pública, universalmente acessível, livre de violência externa ou interna, e permite apenas a força racionalmente motivadora do melhor argumento”⁸. Dessa maneira, Habermas pressupõe que essas condições universais são um conjunto de direitos fundamentais – “Sistema de Direitos”⁹ - que funciona como um conjunto de princípios jurídicos que garante a legitimidade do ordenamento jurídico estatal moderno¹⁰.

Para a Teoria Crítica da Constituição, sob o paradigma procedimentalista de Estado Democrático de Direito, a Constituição passa a ter a função de regular e institucionalizar juridicamente os processos pelos quais se deve dar a dinâmica democrática do Direito, além de garantir a autonomia jurídica dos indivíduos por meio da institucionalização dos direitos fundamentais¹¹.

Nessa linha, legalidade e legitimidade se implicam, de ma-

⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, 2015.

⁸ HABERMAS, 1994, p. 224.

⁹ O Sistema de Direitos é composto pelos direitos básicos: “1) Direito à maior medida possível de iguais liberdades individuais de ação [...] 2) Direitos fundamentais que resultam da elaboração politicamente autônoma do status de membro em uma associação voluntária sob o direito [...] 3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de adjudicação de ações protetivas e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual [...]; 4) Direitos fundamentais a iguais oportunidades de participação em processos de formação da opinião e da vontade públicas na qual os cidadãos (Burger) exercitam sua autonomia política e através dos quais eles positivam um direito legítimo [...]; 5) Direitos fundamentais à provisão de condições de vida que sejam socialmente, tecnologicamente e ecologicamente asseguradas [...], [a serem reconhecidos] caso se suponha que os cidadãos devam ter iguais oportunidades de utilizar os direitos fundamentais listados de 1) a 4)” (HABERMAS, 1994, p. 155 a 157, com uma intercalação de GALLUPO, 2002, p. 205).

¹⁰ GALLUPO, 2002.

¹¹ CATTONI DE OLIVEIRA, 2015.

neira que as exigências dos pressupostos legais (constitucionais) de institucionalização devem ser legítimas para regularem o processo de formação da opinião pública e o processo deliberativo¹². É dessa análise que Habermas tira a relação complementar entre Democracia e Estado de Direito, na qual é somente pela garantia ampla e irrestrita dos direitos humanos que as condições para a realização de um discurso legítimo são atendidas, logo, é pelos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos que a soberania popular consegue concretizar seu papel de criação/aplicação jurídica, conforme o princípio do democrático¹³. Portanto, é pela equânime garantia tanto da autonomia privada, quanto da pública, que se constrói as bases de um paradigma de Estado Democrático de Direito.

É tendo como pano de fundo este paradigma de uma democratização da interpretação constitucional que um autor como Häberle, a partir de outros pressupostos, constrói uma teoria constitucional preocupada com a necessidade de abertura do processo de interpretação da Constituição à sociedade. Para Häberle:

“(...)os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (Beteiligtenkreis). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!¹⁴.

Da atuação do Poder Judiciário perante o processo democrático, o que se espera é uma Jurisdição Constitucional que garanta de forma constitucionalmente adequada as formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade e às condições processuais que permitam a participação de todos nos processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade da lei e do processo legislativo. Somente assim é possível uma interpretação construtiva que perceba o próprio processo constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, para o qual os próprios cidadãos são os autores de seus próprios direitos e deveres, na dinâmica da gênese legítima do Direito¹⁵.

¹² GALLUPO, 2002, p. 162.

¹³ CATTONI DE OLIVEIRA, 2014.

¹⁴ HABERLE, 2014, p.41.

¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, 2015.

2. Devido Processo legislativo com base em Cattoni de Oliveira

Com o intuito de esclarecer como o devido processo legislativo é adequadamente efetivado, segundo uma experiência constitucional historicamente dada, e compreender a abrangência de seu sentido à luz do princípio de separação dos poderes, é importante, antes de se problematizar a publicação do Decreto nº 9759/2019, fazer algumas breves considerações sobre o desenvolvimento do tema.

Para maiores esclarecimentos sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito é necessária uma reconstrução da separação dos poderes, em termos discursivos, que ultrapasse uma leitura liberal, ou mesmo republicana, do devido processo legislativo.

Segundo um paradigma liberal de Estado, a Jurisdição Constitucional e seu papel de legitimação do processo legislativo é reduzida a uma instituição contra majoritária de resguardo dos direitos fundamentais frente às decisões da maioria dominante. Como afirma Cattoni de Oliveira¹⁶, “a Jurisdição Constitucional teria uma função *moralizante*, resguardando a esfera privada, pela manutenção dos ‘limites do razoável’ (para usar uma expressão de John Rawls) à atuação política legislativa”. Nesse sentido, observa-se o predomínio do parlamento na função legiferante, cabendo ao Executivo agir de forma vinculada à literalidade da lei.

Durante o paradigma do Estado Liberal, observa-se uma delimitação clara e precisa das competências exclusivas de cada um dos poderes. Tal estado de coisas tem por objetivo garantir segurança e certeza às relações jurídicas, em especial as transações comerciais e a defesa da propriedade da burguesia, que ascende ao poder e o exerce por meio de poder Legislativo.

Em contrapartida, no modelo republicano, muito presente em experiências do constitucionalismo social, ocorre toda uma resignificação do princípio da separação dos poderes com consequências diretas sobre a lógica do devido processo legislativo.

O processo legislativo passa a ser exercido não somente pelo Poder Legislativo, nesse paradigma em descrédito, mas pelo Poder Executivo, o qual passa a legislar por decretos e medidas provisórias, complementando a atuação legiferante do Legislativo ou o cen-

¹⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p.46.

tralizando como no caso das experiências autoritárias, vide o Brasil 1937- 1945. Nesse contexto, percebe-se uma hipertrofia do Executivo que passa a concorrer com o Poder Legislativo e o Judiciário na concretização da vontade popular.

Esclarecendo o pano de fundo que informa este período Cattoni de Oliveira assevera que:

o modelo republicano, a Democracia só seria possível em sociedades culturalmente homogêneas, em que uma forte educação cívica possibilitaria a formação de cidadãos conscientes e virtuosos, capazes, por isso, de realizar os valores consagrados pela Constituição (PERRY, 1988; HABERMAS, 1997b, v. 2, p. 286-289). Tal compreensão, que mais uma vez não leva em consideração os desafios colocados por uma sociedade plural e diferenciada, faz da Jurisdição Constitucional um guardião dos valores éticos da sociedade e um monitor do processo político, à espera do momento em que os cidadãos tomarão consciência de sua forma de vida e conquistarão sua maioria política¹⁷.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o sentido do princípio da separação dos poderes, além de evitar a concentração de poder num único local, evitar sobreposições e viabilizar a fiscalização do cumprimento das ações de cada poder segundo o texto constitucional, é viabilizar de forma crescente a participação dos destinatários das normas jurídicas como seus co-autores. Assim tem-se a Administração Pública Dialógica e Participativa, a democratização do acesso ao Poder Judiciário e as experiências de participação popular na elaboração das propostas legislativas.

Em especial, a tarefa do processo legislativo, no marco do paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, é garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos, no sentido da equiprimordialidade e da interrelação entre elas.

O devido processo legislativo é, então, aquele que garanta a participação no processo legislativo dos possíveis afetados por cada decisão, por uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o

¹⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 46.

exercício da autonomia jurídica dos cidadãos¹⁸.

3. O papel negativo da polarização no novo processo de desmanche das democracias

O processo de afirmação democrática, fortalecido na segunda metade do século XX, teve seu ápice na terceira onda de democratização global¹⁹, a qual começou em 1974 com a Revolução dos Cravos em Portugal, e teve como momento último a Primavera Árabe no fim de 2010 e começo de 2011.

Em razão de recentes tensões econômicas, ideológicas e políticas em diversas regiões do mundo, o processo de democratização entrou em colapso em muitas regiões do mundo, de modo que se observa que a eclosão de experiências autoritárias na África, no Leste Europeu e na Ásia ensejaram um novo ciclo de análises, em geral pessimistas, sobre os Estados Democráticos.

Nesse sentido, os atuais estudos sobre “recessão democrática” – expressão criada pelo cientista político estadunidense Larry Diamond em sua obra *Facing up to the democratic recession* de 2015 – analisam, não mais as dificuldades de surgimento de novos governos democráticos desde meados dos anos 2000, mas a crise em democracias já consolidadas. A questão agora é: uma democracia tradicional pode entrar em colapso?

Esse fenômeno da história contemporânea apresenta-se como o que Koselleck²⁰ chamou de um novo espaço de experiência em relação aos eventos de rupturas democráticas que ocorreram nos anos 1930 na Europa e nos anos 1960 e 1970 na América Latina.

¹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, 2015.

¹⁹ De acordo com Samuel Huntington, a primeira onda de democratização ocorreu no período de 1828 a 1926. Logo em seguida, houve o processo de desmanche democrático em várias regiões no período de 1922 a 1942, momento do surgimento de regimes autoritários como o nazismo, sob a liderança de Hitler, na Alemanha, e o fascismo, sob liderança de Mussolini, na Itália. A segunda onda de democratização ocorreu de forma rápida, de 1943 a 1962, iniciada após a 2ª Guerra Mundial. No entanto, novamente foi seguida de um processo de desmanche democrático, entre 1958 e 1975, abrangendo os regimes militares latino-americanos (HUNTINGTON, 1994).

²⁰ KOSELLECK, 2006.

Isso se deve ao fato de não haver mais fundamento seja para uma leitura cíclica da história, seja para defender a tese de que os eventos históricos tendem a ser repetir o que conferiria à História o papel de “magistrae vitae”. Há um distanciamento entre espaço de experiência (categoria que expressa o passado-presente) e o horizonte de expectativa (categoria que expressa o passado-futuro ou o “ainda-não”) na modernidade, o que impede a leitura de que a experiência do presente atual e as ocorrências futuras serão as mesmas de experiências passadas que apresentaram características ou um contexto semelhante. O processo histórico enquanto tal é único, singular, irrepetível, como o é uma revolução ou um momento que explicita uma ruptura política no presente.

O desmanche democrático, no presente, começa nas urnas, por meio de um processo lento, no qual, as próprias instituições democráticas são usadas para pôr fim à democracia, de modo que a erosão é quase imperceptível. Assim, ela ocorre às cegas para grande parte da população até que toda instituição democrática esteja corrompida.

No Brasil, essa nova roupagem do processo de desmanche democrático começou a se evidenciar no ambiente político das últimas duas eleições para Presidência da República. Nelas, observou-se um acirramento da oposição entre os partidos políticos de esquerda e os de direita, a conseqüente perda do espaço para construção do consenso nas deliberações políticas, além do questionamento posterior das regras do processo democrático e o desrespeito ao resultado eleitoral alcançado, elementos que forjam o fenômeno conhecido como polarização política.

A divisão política entre os apoiadores da direita ou da esquerda é um acontecimento que sempre existiu, afinal, como demonstra Bobbio em seu clássico ensaio *Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política*²¹, há uma série de princípios distintivos dessas ideologias. Para o jurista, a esquerda se orienta, majoritariamente, para a promoção da igualdade entre os homens e para a mudança da ordem social, enquanto a direita concebe, essencialmente, a desigualdade como algo intrínseco à humanidade e mantém o apego às tradições e a preservação do ordenamento societário.

²¹ BOBBIO, 1995.

Outros elementos observáveis nos países industrializados devem ser ressaltados, como o fato da esquerda priorizar o igualitarismo sobre os direitos da propriedade e do livre comércio; o racionalismo; o laicismo; a crítica das limitações ético-religiosas; a inexistência de conceitos absolutos de bem e mal; o desprezo à oligarquia; a preservação do meio ambiente e os interesses dos trabalhadores, que devem prevalecer sobre a necessidade de crescimento econômico; o antifascismo; e a identificação permanente com as classes inferiores da sociedade²².

A direita, por outro lado, como aponta Bobbio²³, defende o individualismo; a supremacia da propriedade privada e da livre iniciativa; a intuição; a primazia do sagrado; a valorização da ordem e da tradição; o elogio da nobreza e do heroísmo; a intolerância à diversidade étnica, cultural e sexual; o militarismo e a defesa da segurança nacional; o crescimento econômico em detrimento da preservação ambiental e dos interesses imediatos dos trabalhadores; o anticomunismo; e a identificação permanente com as classes superiores da sociedade.

Apesar da existência de diversos princípios contrários que colocam os dois campos políticos em lados opostos, o problema da divergência entre partidos políticos torna-se um problema quando enseja uma subversão ao texto constitucional e consubstancia num ataque ao processo democrático. Exemplos de circunstâncias como estas podem ser observadas quando opositores políticos passam a se verem como inimigos, questionando o processo eleitoral, questionando a legitimidade de governos eleitos, questionando o resultado das urnas quando não lhes é favorável.

4. Análise do caso brasileiro: o contexto político brasileiro e o processo de deslegitimação política criado pela polarização: o PT como o inimigo e causa de todos os problemas.

Para se entender o elo do questionamento do Decreto com o fenômeno da polarização é importante entender como a polarização influencia no novo cenário de acentuadas disputas ideológicas e de desconstrução de direitos fundamentais em razão de uma lógica não

²² MESSENBERG, 2019, p.27.

²³ BOBBIO, 1995.

mais cooperativa entre partidos, mas de enfrentamento.

A polarização marcou um novo processo eleitoral, no qual os discursos de ataque aos partidos opositores e as instituições democráticas são constantes. Dessa forma, nota-se sua influência nas campanhas utilizadas pelos partidos de direita, nas duas últimas eleições, as quais foram construídas sob uma ampla estigmatização do petismo, de suas lideranças populares e de suas construções políticas ao longo de seus mandatos, e mesmo do processo eleitoral que os elegeram.

O antipetismo, extremamente fortalecido pela direita desde as duas últimas eleições, foi e ainda é um perigoso elemento de acirramento das divergências políticas e fortalecimento de uma visão de mundo maniqueísta, caracterizada pela divisão entre os que representam o “bem” e os que representam o “mal”.

Segundo Débora Messenberg que estuda este fenômeno, em sua obra *A cosmovisão da “nova” direita brasileira* de 2019, o antipetismo foi o campo semântico que, em 2015, reuniu o maior número de emissões discursivas, tanto no Facebook, quanto sites, blogs, etc., dos formadores de opinião analisados pela autora, sendo eles: antipetismo, conservadorismo moral e princípios neoliberais. Para Messenberg²⁴, a direita alimentou esse antipetismo com as ideias-força do impeachment (FORA PT, FORA LULA, FORA DILMA); da corrupção; da crise econômica e do bolivarianismo²⁵.

Esse imaginário de uma luta contra o PT foi fortalecido pelos meios de comunicação de massas e pelas redes sociais, os quais, segundo Messenberg²⁶, constituem espaços privilegiados para a construção de *enquadramentos*, os quais são

²⁴ MESSEMBERG, 2019.

²⁵ A expressão bolivarianismo designa a doutrina política, de origem latino-americana, calcada nas convicções integracionistas, socializantes e de não-dominação, erigidas pelo general venezuelano Simón Bolívar, quando das lutas por ele travadas, no século XIX, em prol da independência de alguns países sul-americanos (que até então eram colônias espanholas – daí a utilização, em história, do termo “América Espanhola”) (CORREIA, 2017). Hoje em dia, o termo designa os governos de esquerda da América Latina que questionaram o neoliberalismo e o Consenso de Washington. (MESSEMBERG, 2019).

²⁶ MESSEMBERG, 2019.

estruturas cognitivas, que organizam o pensamento, são compostas de crenças, atitudes, valores e preferências, bem como de regras a respeito de como ligar diferentes ideias. São esquemas que ‘dirigem atenção para a informação relevante, guiam sua interpretação e avaliação, fornecem inferências quando a informação é falha ou ambígua, e facilitam sua retenção’²⁷.

Nesse sentido, tais enquadramentos são produzidos a partir da repetição, tanto de padrões interativos e compreensivos de forma seletiva e manipulatória, quanto de valores e símbolos dominantes do senso comum²⁸. As *Fake News* são um importante instrumento utilizado nesse processo, sendo usadas para dar força e uma falsa veracidade às ideias-força citadas anteriormente, as quais passam a ser as “chaves de leitura” para a interpretação da conjuntura política nacional e orientadores de suas ações políticas.

A corrupção foi o principal motor do movimento antipequista, havendo várias páginas de Facebook, elencadas por Gallego²⁹, que divulgaram de 2014 até os dias de hoje sobre a corrupção e apoiando o combate à mesma. Cita-se: Movimento quero me defender (2014 a 2017), Mobilização patriota (2014, 2015, 2017), Sérgio Moro 2018-presidente (2014, 2015), O Brasil vai melhorar (2014), Pátria amada Brasil (2014 a 2017), Em defesa do Brasil (2015, 2017), Movimento Endireita Brasil (2015 a 2017), Consciência Patriótica (2015, 2016), Cruzada pela Liberdade (2016, 2017), República de Curitiba (2016), FISCOP (2016, 2017), Anti-PT (2016), Juiz Sérgio Moro, o Brasil está com você (2017), O pesadelo de qualquer político 2.0 (2017).

Diante dessa acentuada polarização, o PT foi e ainda é personificado como o mal do ponto de vista da direita, isto é, o responsável por todas as mazelas que atingem o país.

Uma leitura crítica e precisa da realidade socioeconômica do país não pode concordar com a atribuição simplista de toda uma rede de eventos a ação de uma única causa: a ação de um único partido. Entretanto, o maniqueísmo, engendrado pelo processo de polarização política e substituição da visão de outro para a de inimi-

²⁷ FISKE e KINDER, citados por ENTMAN, 1989; apud ALDÉ, 2004, p.47.

²⁸ MESSEMBERG, 2019.

²⁹ GALLEGO, 2019.

go, atribui a responsabilidade de toda e qualquer crise ou problema socioeconômico ao partido político que se busca atacar. Aqui tem-se o “mito do complô”³⁰, o qual, de acordo com Girardet³¹ o, se caracteriza pela redução de acontecimentos desconcertantes e incômodos a uma única causalidade, amenizando a angústia provocada pelo desconhecido.

O surgimento de uma dualidade entre o partido mal e o bom é possibilitado por todo esse processo de ataque e rebaixamento do partido da oposição. Decorrente disso, em um cenário de divergências entre inimigos, não se procura mais o consenso nas deliberações políticas, haja visto que os princípios defendidos pelo outro não são merecedores de entrar na pauta. Não há mais a preocupação em propiciar um espaço aberto e harmônico de participação de todos agentes sociais, mas apenas daqueles que compartilham do mesmo ideário.

A relativização dos direitos é, então, inevitável nesse cenário de polarização, uma vez que, na tentativa de minar a participação do grupo rival, os direitos políticos desses são afetados.

O importante a se notar é que o resultado disso é que direitos sociais e individuais também são tolhidos. Um dos efeitos do fenômeno da polarização com a figuração do outro/da oposição como inimigo público é reforçar não o princípio da inclusão/participação no processo democrático, mas o princípio da exclusão, da censura, do desmantelamento do processo democrático.

Assim, o inimigo deixa de ser apenas o opositor político, passando a englobar os grupos de pessoas marginalizadas que tentam, por meio da política de esquerda, adquirir e concretizar direitos. Gallego, assim afirma, que o inimigo é “um ser inferiorizado, despojado de seus atributos de cidadãos, que passou por um processo de desumanização, de descaracterização como sujeito de direitos”³², inimigo esse que se estende a todos os indesejáveis que não se encaixam na lógica capitalista de produção e consumo.

³⁰ Messenberg (2019) afirma que “a narrativa mítica do complô – ainda que mantenha vínculos com dados factuais, inerente a toda construção mitológica – estabelece uma verdadeira transformação qualitativa da realidade, já que, na maioria das vezes, não só ultrapassa qualquer ordem cronológica, como abdica da relativização dos fatos e situações históricas”.

³¹ GIRARDET, 1987.

³² GALLEGO, 2019, p. 84.

Uma nova ‘Doutrina de Segurança Nacional’ tem hoje como seu ‘inimigo interno’ não mais apenas os opositores políticos, mas os milhares de miseráveis que perambulam por nossos campos e cidades. Os milhares de sem teto, sem terra, sem casa, sem emprego que, vivendo miseravelmente, põem em risco a “segurança” do regime.³³

Portanto, é possível afirmar que o contexto de polarização crescente cria as condições para o exercício das atividades de governo de forma autoritária e, portanto, contrária ao Estado Democrático de Direito e ao devido processo legislativo, como veremos no caso estudado a seguir.

5. A inconstitucionalidade do Decreto n.º 9.759, diante do Devido Processo Legislativo inscrito no Estado Democrático de direito no Brasil.

A Constituição de 1988 (CF/1988), por meio de diversos artigos, definiu a participação social em conselhos e órgãos colegiados como necessária em algumas políticas específicas e abriu espaço para a reivindicação da partilha de poder nas mais diferentes áreas³⁴.

Alguns dos conselhos e órgãos colegiados hoje existentes foram criados a partir da regulamentação destas políticas constitucionalmente previstas, como o de saúde, assistência social e direitos da

³³ COIMBRA, 2001 apud GALLEGO, 2019, p. 86.

³⁴ Ao menos trinta artigos do texto constitucional expressaram preceitos que incentivaram experiências de gestão pública participativa. Sobre eles, a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) traçou princípios e diretrizes, tais como, a cidadania como fundamento do Estado democrático (Artigos 1º , 5º , 8º , 15 e 17), os deveres sociais em questões coletivas (Artigos 205, 216, 225, 227 e 230) e o exercício da soberania popular (Artigos 14, 27, 29, 58 e 61), e também tratou da participação social como forma de gestão pública (Artigos 10, 18, 37, 74, 173, 187 e 231). Na institucionalização de mecanismos de participação nas políticas públicas, impulsionada pela CF/1988, destaca-se como elemento da arquitetura da participação a descentralização administrativa com gestão participativa, em particular na seguridade social (Artigo 194), na saúde (Artigo 198), na assistência social (Artigo 203) e na educação (Artigo 206) (CONSELHOS NACIONAIS - PERFIL E ATUAÇÃO DOS CONSELHEIROS: RELATÓRIO DE PESQUISA, 2013).

criança e do adolescente.

Outros conselhos são resultado de demandas populares por participação em políticas para as quais ainda não tinham sido construídos sistemas nem institucionalidades específicas, como é o caso da segurança pública. Neste sentido, os percursos percorridos pelas diferentes áreas de políticas na direção da formalização da participação implicam uma variação muito grande de espaços³⁵.

Os Conselhos Nacionais, Conselhos de Participação ou Conselhos de Políticas Públicas são órgãos colegiados que existem no Brasil desde o começo do século vinte e contam com representantes do governo e da sociedade civil. Eles são espaços públicos vinculados a órgãos do Poder Executivo, tendo por finalidade permitir a participação da sociedade na definição de prioridades para a agenda política, bem como na formulação, no acompanhamento e no controle das políticas públicas. Desse modo, são instituições híbridas, visto que Estado e sociedade civil partilham o poder decisório e se constituem como fóruns públicos, que captam demandas e pactuam interesses específicos de diversos grupos envolvidos em determinada área de política.

Um dos aspectos mais importantes dessa instituição é que ela permite a inserção de novos temas e atores sociais na agenda política. Ademais, suas reuniões são periódicas, além de haver convocações de audiências públicas e o desenvolvimento de pesquisas sobre o setor que atuam³⁶.

Importantes conselhos a serem elencados são o Conselho Nacional de educação³⁷, o Conselho Nacional de saúde³⁸, Conselho Nacional de meio ambiente³⁹, Conselho de desenvolvimento econô-

³⁵ AVRITZER e PEREIRA, 2005.

³⁶ AVRITZER e PEREIRA, 2005.

³⁷ O Conselho Nacional de educação possui poder deliberativo e está vinculado ao Ministério da Educação. Ele trata de assuntos como a Base Nacional Comum Curricular, que precisa de aprovação do conselho (PIMENTEL, 2018).

³⁸ O Conselho Nacional de saúde possui poder deliberativo e está vinculado ao Ministério da Saúde, cujo ministro preside o conselho. Ele trata de assuntos como o orçamento da área e o Plano Nacional de Saúde, que precisam de aprovação do conselho (PIMENTEL, 2018).

³⁹ O Conselho Nacional de Meio Ambiente possui poder deliberativo e está vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, cujo ministro preside o conse-

mico e social⁴⁰ e o Conselho Nacional de assistência social⁴¹.

Na definição dada pelo Decreto Nº 8243, de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, os Conselhos Nacionais são uma instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas.⁴²

O número de Conselhos Nacionais aumentou consideravelmente desde o início da década de 1990. Enquanto, entre 1930 e 1989, foram criados apenas cinco Conselhos Nacionais, entre 1990 e 2009, somaram-se a eles mais 26 conselhos, tendo em vista a difusão da ideia de ampliar a participação no processo de formulação de políticas públicas pós-CF/1988⁴³. Como consequência, a quantidade de cidadãos que passou a participar da construção das políticas por meio destes espaços foi significativa.

O ano com o maior número de conselhos criados foi 2003, início do governo Luiz Inácio Lula da Silva, defensor de um discurso de maior participação de movimentos sociais⁴⁴. Assim, a presença de lideranças populares nos conselhos tornou-se uma marca das administrações públicas, seja no âmbito municipal, estadual e federal, durante o período de governo do partido dos trabalhadores de 2003 a 2016. Este é um dado importante a ser considerado para entender a edição do Decreto 9.759 e a experiência que ele visa atacar dentro da lógica do fenômeno da polarização.

Em 11 de abril de 2019, o presidente da República Jair Bol-

lho. Ele trata de temas como licenciamento ambiental e áreas de preservação (PIMENTEL, 2018).

⁴⁰ O Conselho De Desenvolvimento Econômico e Social possui apenas poder consultivo e está vinculado à Presidência da República. Está mais próximo do presidente (que indica e substitui os conselheiros quando quer) e trata de temas gerais (PIMENTEL, 2018).

⁴¹ O Conselho Nacional de Assistência Social possui poder deliberativo e está vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social. Ele trata de assuntos como fiscalizar o funcionamento e desempenho de programas sociais (PIMENTEL, 2018).

⁴² BRASIL, 2014.

⁴³ IPEA, 2010, p. 9.

⁴⁴ PIMENTEL, 2018.

sonaro editou o Decreto n.º 9.759, que trata de colegiados da administração pública (conselhos, comitês, comissões, grupos, juntas, equipes, mesas, fóruns, salas ou qualquer outra denominação dada aos colegiados). Seu objetivo é, segundo o art. 1º, extinguir e estabelecer diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração federal direta, autárquica e fundacional.

Dessa forma, a partir de 28 de junho de 2019, foram extintos todos os conselhos, comitês, comissões, grupos, juntas, equipes, mesas, fóruns, salas e qualquer outra denominação dada ao colegiado, que tenham sido criados por decreto, ato normativo inferior ou ato de outro colegiado, incluindo aqueles mencionados em lei, caso a respectiva legislação não detalhe as competências e a composição do colegiado. Ressalta-se que, de acordo com o parágrafo único do art. 2º e art. 5º, não estão incluídos no conceito de colegiado as diretorias colegiadas de autarquias e fundações, as comissões de sindicância e de processo disciplinar, as comissões de licitação, os colegiados previstos no regimento interno ou no estatuto de instituição federal de ensino e os colegiados criados ou alterados por ato publicado a partir de 1º de janeiro de 2019.

Mesmo não afetando Conselhos Nacionais importantes que possuem uma lei que os sustente — como Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o Conselho Nacional de Meio Ambiente, o Conselho Nacional de Anistia, o Conselho Nacional de Saúde, o Conselho Nacional de Assistência Social e o Conselho Nacional de Educação — o decreto afeta um grande número de Conselhos Nacionais. São eles: o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE), criado pelo Decreto nº 3.076, de 1999; o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT (CNCD/LGBT), criado pelo Decreto nº 3.952, de 2001; o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), criado pelo Decreto nº 5.912, de 2016; o Conselho das Relações de Trabalho (CRT), criado pela Portaria Nº 2092, de 2010; e o Conselho Nacional de População e Desenvolvimento (CNPD), criado pelo Decreto 1.607, de 1995⁴⁵.

A defesa apresentada, via Twitter, pelo presidente Bolsonaro para a edição do Decreto é que a medida visa desburocratizar o Estado brasileiro. Segundo ele,

⁴⁵ FIGUEIREDO, 2019.

gigantesca economia, desburocratização e redução do poder de entidades aparelhadas politicamente usando nomes bonitos para impor suas vontades, ignorando a lei e atrapalhando propositalmente o desenvolvimento do Brasil, não se importando com as reais necessidades da população⁴⁶.

É necessário retomar a reconstrução feita nos capítulos anteriores para reforçar que a Constituição Brasileira de 1988, ao se designar como Estado Democrático de Direito, assume como elemento central de toda sua estruturação e desenvolvimento a progressiva implementação da participação popular em todos os níveis do Estado Brasileiro. Portanto, as ações levadas a cabo por administrações anteriores resultaram na efetivação da participação popular no Estado Democrático de Direito ao invés de aparelhamento ideológico do Estado.

É também neste sentido que no dia 13 de junho de 2019, de acordo com a Agência Brasil⁴⁷, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, pela impossibilidade da extinção dos colegiados cuja existência consiste em lei.

Neste ponto cabe se destacar algumas questões. O ministro Marco Aurélio, por exemplo, ao proferir seu voto, acrescentou que não caberia ao chefe do Executivo, em ato unilateral, extinguir colegiados que tenham sido criados com a aprovação do Congresso Nacional (NOTÍCIAS STF, 2019). Isso significa que, neste caso, haveria uma violação do princípio da separação dos poderes e do devido processo legislativo.

Mesmo tendo essa medida representado algum ganho, a inconstitucionalidade do decreto é latente. A limitação à existência dos conselhos atenta diretamente ao devido processo legislativo, tendo em vista seu ataque ao direito de participação da sociedade civil nos processos de justificação e criação normativa, princípio esse afirmado e assegurado pela própria Constituição de 1988, como mostrado anteriormente.

Além disso, a inconstitucionalidade é reafirmada pelo fato de que o Decreto não especifica quais colegiados seriam extintos, logo, desrespeitando os princípios constitucionais da publicidade, da legalidade e da transparência. Princípios esses que devem ser inexo-

⁴⁶ BOLSONARO, 2019.

⁴⁷ PONTES, 2019.

ravelmente seguidos para que o processo legislativo se dê conforme a dinâmica democrática. Para o ministro Edson Fachin, o decreto promove um retrocesso social ao ferir o princípio de participação popular por meio da extinção genérica dos colegiados. Dessa forma, ele argumentou que

ao determinar a extinção de inúmeros colegiados até o 28 de junho corrente, sem indicar com precisão quais, efetivamente, serão atingidos pela medida, não é apenas o desaparecimento de um sem número de órgãos que se trata, mas sim, quiçá, a extinção, em alguma medida, do direito de participação da sociedade no governo, implicando um inequívoco retrocesso em temas de direitos fundamentais⁴⁸.

Ao final, o Partido dos Trabalhadores, não teve seu pedido de declarar uma liminar de suspensão total do decreto atendido pelo STF. Por esse motivo, apresentou um Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 113/19, em abril de 2019, que pretende suspender o Decreto presidencial nº 9.759. Segundo parlamentares que defendem o PDL 113/19, “o esvaziamento ou a extinção desses órgãos, bem como a fixação de critérios que vão dificultar sua existência, não interessa à população brasileira, constituindo num verdadeiro desserviço à nação e num elevado retrocesso social, o que é vedado pela Constituição”⁴⁹.

A importância desse projeto decorre da sua postura de defesa de uma estrutura política participativa e popular que está prevista na Constituição e em diversas leis criadas a partir de 1988, como os Conselhos Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade), o Conselho Nacional de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC) e o Conselho Nacional de Segurança Pública (Conasp) e não como uma questão que interessa a apenas um único partido, seja ele qual for. É sobretudo um ato de concretização do texto constitucional e de seu princípio democrático.

⁴⁸ PONTES, 2019.

⁴⁹ JÚNIOR, 2019.

Conclusão

A partir da análise de todos pressupostos apresentados, observa-se a necessidade de reforçar o princípio democrático inscrito no texto da Constituição Brasileira de 1988 em toda sua extensão contra toda forma de relativização e retrocesso por medidas sejam do Poder Executivo, sejam do Poder Judiciário ou mesmo do Poder Legislativo. A existência de conselhos e espaços de deliberação com assento de representantes das comunidades, de lideranças sociais, promove a efetivação dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, entendendo que não é possível a existência de um Estado de Direito sem que haja uma democracia radical em curso.

Uma medida como esta interessa de sobremaneira o próprio povo e reforça o princípio republicano do autogoverno. Desperta, no meio social, o interesse pelas questões públicas, a fiscalização do erário, o desenvolvimento de virtudes cívicas, fortalecendo a cidadania e não um pretense aparelhamento do Estado porque são assentos temporários, abertos a cidadãos que tenham concepções de mundo as mais diversas.

A lógica da promoção dos conselhos é da inclusão na política e o decreto presidencial aponta em sentido oposto, da exclusão do povo da política, da restrição da participação política e, em sentido contrário, a própria lei maior da República Federativa do Brasil, que é sua Constituição.

A Constituição de 1988, inserida no marco teórico do constitucionalismo democrático, reforça esta relação de complementariedade ao estabelecer a necessidade de uma criação legislativa inclusiva e aberta aos diferentes atores sociais.

A participação popular na deliberação pública segundo o texto da Constituição Brasileira de 1988 deve ser ampla e irrestrita porque o Estado brasileiro se autodenomina Estado Democrático de Direito e reforça a necessidade de participação ao afirmar que todo poder emana do povo, que o exerce indiretamente e diretamente.

Para além da correta compreensão do Devido Processo Legislativo, da atuação do Poder Judiciário na garantia das condições procedimentais de participação popular na elaboração das leis e das decisões no âmbito administrativo, o que se busca como objetivo fundamental da República brasileira é promover a redução das desigualdades sociais de amplo aspecto na sociedade brasileira. Essas se

referem inclusive no acesso à tomada de decisões por parte de parcelas marginalizadas no processo de transição democrática brasileira, que não tinham qualquer chance de serem ouvidas ou de decidir sobre seu próprio destino.

Em resumo não se trata de ideologia e sim de democracia.

Referências

- ALDÉ, Alessandra. A construção da política: democracia, cidadania e meios de comunicação de massas. Rio de Janeiro: FGV, 2004.
- AVRITZER, L.; PEREIRA, M. L. D. Democracia, participação e instituições híbridas. Teoria e sociedade: instituições híbridas e participação no Brasil e na França, número especial, p.16- 41, 2005.
- BRASIL. Decreto Nº 8243, de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Brasília, 23 de maio de 2014
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico / Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.
- BOLSONARO, Jair (@jairbolsonaro). “Gigantesca economia, desburocratização (...) não se importando com as reais necessidades da população”. 14 de abril de 2019. 11:15 a.m. Tweet.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3ª edição; Fórum. Belo Horizonte. 2016.
- CONSELHOS NACIONAIS - PERFIL E ATUAÇÃO DOS CONSELHEIROS: RELATÓRIO DE PESQUISA. Ipea. Brasília. 2013.
- FIGUEIREDO, Danniell. Conselhos Nacionais e o Decreto nº9759. Politize. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/conselhos-nacionais/>. Acesso em: 25/02/2020.

GALLEGO, Ester Solano. Quem é o inimigo? Retórica de inimizade nas redes sociais no período 2014-2017. In: PINHEIRO-MACHADO Rosana; FREIXO, Adriano (orgs). Brasil em Transe: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas/ Marcelo Galuppo. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIRARDET, Raoul. Mitos e mitologias políticas. São Paulo. Companhia das Letras, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Catedra, 1994.

HARBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição/ Assunto Especial – Texto Clássico. 2014.

HUNTINGTON, Samuel. A terceira onda: a democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994.

INOVE. Projeto susta decreto que extinguiu órgãos colegiados do governo federal. 2019. Disponível em: <https://www.inovacapacitacao.com.br/projeto-susta-decreto-que-extinguiu-orgaos-colegiados-do-governo-federal/>. Acesso em: 28/02/2020.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Instituições participativas e políticas públicas no Brasil: características e evolução na última década. Brasil em Desenvolvimento, v. 3, p. 565-587, 2010.

JÚNIOR, Janary. Comissão aprova projeto que suspende extinção de colegiados do governo federal. Câmara dos deputados. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/578830-comissao-aprova-projeto-que-suspende-extincao-de-colegiados-do-go>

verno-federal/. Acesso em: 25/02/2020.

KOSELLECK, Reinhart. Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

MESSEMBERG, Debora. A cosmovisão da “nova” direita brasileira. In: PINHEIRO-MACHADO Rosana; FREIXO, Adriano (orgs). Brasil em Transe: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019.

NOTÍCIAS STF. STF inicia julgamento de ação contra extinção por decreto de conselhos federais da administração pública. STF. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413839>. Acesso em: 28/02/2020.

PIMENTEL, Matheus. O que são conselhos nacionais de políticas públicas. E qual seu papel. NEXO. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/12/05/O-que-s%C3%A3o--conselhos-nacionais-de-pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas.-E-qual-seu-papel>. Acesso em: 25/02/2020.

PONTES, Felipe. STF limita decreto do governo que extingue conselhos federais. Agência Brasil. Brasília. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-06/stf-limita--decreto-do-governo-que-extingue-conselhos-federais>. Acesso em: 28/02/2020.

Relevância e urgência nas Medidas Provisórias: conceitos perdidos? Análise concentrada na Medida Provisória da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica

RELEVANCE AND URGENCY IN PROVISIONAL MEASURES: LOST CONCEPTS? CONCENTRATED ANALYSIS IN THE PROVISIONAL MEASURE FOR THE DECLARATION OF ECONOMIC FREEDOM RIGHTS

Bruna Salgado Chaves¹

Cândice Lisbôa Alves²

Resumo: O excessivo volume de Medidas Provisórias editadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 indica profunda flexibilização de seus pressupostos constitucionais de relevância e urgência e, ainda, alteração significativa de seu sentido como atribuído pelo Poder Constituinte Originário. Esta prática também pode representar interferência ao princípio democrático, representado pelo devido processo legislativo, bem como derrogação da separação de poderes, estabilizando a atividade legislativa do Poder Executivo com normas de vigência imediata sem prévio crivo do Congresso Nacional. Com isso, investiga-se a hipótese de que a higidez constitucional seria resguardada com a implementação do instituto em conformidade com os requisitos de relevância e urgência e, disto, os esforços por uma proposta de parametrização objetiva

¹ Especialista em Compliance pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogada.

² Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora Adjunta do Curso de Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia

a definir esses requisitos. A investigação de alteração do sentido do instituto e de sua prejudicialidade segue o método indutivo, a partir da análise da Medida Provisória nº 881, considerada a reconstrução da instituição das medidas provisórias como previstas na Constituição Federal. Tem-se por premissa o caráter de excepcionalidade das medidas provisórias, justificado por seus critérios restritivos e pela higidez constitucional, que elege a separação de poderes e a democracia como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Medidas provisórias; mutação inconstitucional; devido processo legislativo.

Abstract: The excessive volume of Provisional Measures issued since the promulgation of the Federal Constitution of 1988 indicates a deep relaxation of its constitutional assumptions of relevance and urgency and, still, a significant change in its meaning as attributed by the Original Constituent Power. This practice can also represent an interference to the democratic principle, represented by the due legislative process, as well as a derogation of the separation of powers, stabilizing the legislative activity of the Executive Power with rules of immediate effect without prior scrutiny by the National Congress. With this, we investigate the hypothesis that constitutional health would be safeguarded with the implementation of the institute in accordance with the requirements of relevance and urgency and, from this, the efforts for a proposal of parameterization objective to define these requirements. The investigation of changes in the sense of the institute and its harmfulness follows the inductive method, based on the analysis of Provisional Measure No. 881, considered the reconstruction of the institution of provisional measures as provided for in the Federal Constitution. It is based on the premise that provisional measures are exceptional, justified by their restrictive criteria and constitutional health, which elect the separation of powers and democracy as fundamental principles of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Provisional measures; unconstitutional mutation; due to legislative process.

Introdução

As medidas provisórias surgiram no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 62, que teve redação alterada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2011. Desde sua concepção inicial, prevê-se esta atribuição à Presidência da República para a edição de atos normativos primários em caso de relevância e urgência, em reconhecimento da maior demanda por prestações positivas do Estado Social, em redação tomada a partir do instituto correlato na Constituição Italiana de 1947³, o *provvedimenti provvisori*, instituído para um sistema de governo parlamentarista, de separação de poderes por excelência e em que se determinava a edição da medida provisória pelo Primeiro Ministro, sob sua responsabilidade.

Do modo como é previsto no art. 62 da Constituição Federal, esta atividade normativa do Executivo teria lugar quando presentes os pressupostos de relevância e urgência, restrições necessárias, considerando-se a subversão do procedimento legislativo, bem como a potencialidade de interferência no princípio democrático e em direitos fundamentais.

Contudo, o excessivo volume de Medidas Provisórias editadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 indica temerária mutação constitucional a flexibilizar os conceitos de relevância e urgência, pressupostos constitucionais das Medidas Provisórias, que resguardariam o caráter de excepcionalidade pretendido pela constituinte. De fato, os debates constituintes, o instrumento cunhado na Constituição Italiana de 1947 e, especialmente, os princípios e direitos fundamentais cimentados no texto constitucional, conduzem à constatação de que os requisitos de relevância e urgên-

³Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valores de lei ordinária.

Quando, em casos extraordinários, de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei, deve no próprio dia apresentá-las para a conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, foram propositadamente convocadas, devendo reunir-se no prazo de cinco dias.

Os decretos perdem eficácia desde o início se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias desde a sua publicação.

As Câmaras podem, todavia, regular com a lei as relações jurídicas que surgem na base dos decretos não convertidos" (ITALIA. Senato della Repubblica. Costituzione Italiana. Edizione in lingua portoghese. Disponível em: <<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/>

libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>, acesso em 27.12.2019).

cia devem ser tidos como pressupostos e limitadores da edição das Medidas Provisórias, por seus conceitos de origem.

A hipótese se robustece sob a compreensão da rigidez constitucional, tida como característica da norma fundamental do ordenamento brasileiro pelo rito mais exigente para alteração de suas disposições, a determinar não apenas a supremacia da Constituição Federal mas, especialmente, por reconhecer e resguardar, de qualquer interferência política ou legislativa, os princípios e direitos fundamentais do Estado brasileiro.

Para tanto, pretende-se a análise da preservação do caráter de excepcionalidade e da rigidez constitucional, no emprego das medidas provisórias, com especial enfoque na Medida Provisória nº 881, já convertida em lei, e que instituiu a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica.

Desta forma, parte-se da consolidação teórica acerca da excepcionalidade das medidas provisórias, com amparo nos estudos de Giorgio Agamben, bem como de sua análise sistemática, em conformidade com os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal Brasileira.

Em seguida, empreendemos esforços reconstitutivos da consagração do instituto na Carta Magna nacional, determinando seus antecedentes normativos e os debates constituintes, a fim de sedimentar o entendimento do Poder Constituinte Originário e verificar, com foco na Medida Provisória nº 881, a partir do método indutivo, se a proposta Constituinte se preserva no tocante à sistemática constitucional e ao caráter específico pensado para a atividade normativa pela edição de medidas provisórias.

Por fim, a partir destes aportes, analisa-se a aceção dos pressupostos de relevância e urgência, discriminados na exposição de motivos da Medida Provisória nº 881, bem como sua normatividade material, verificando-se a congruência ou não quanto às intenções constituintes e a pertinência quanto ao princípio democrático, o princípio da separação de poderes e os direitos fundamentais, alicerces principiológicos da Carta Magna, a fim de se testar a hipótese de ocorrência de mutação inconstitucional no emprego desta atividade legislativa do Executivo.

Tem-se, neste cenário, amostra a indicar absoluta ausência de parâmetros para a consideração dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, adotados pela Constituição Federal a fim

de resguardar o caráter excepcional desta intervenção legislativa do Poder Executivo. Diante disto, buscamos apontar alternativas dogmáticas aptas a indicar critérios efetivos para a preservação da higidez constitucional, na concepção prática das medidas provisórias.

1. Medidas provisórias: exceção como técnica de governo

As medidas provisórias, como previstas no art. 62 da Constituição Federal, representam uma inversão da lógica legislativa, com a edição, pelo Chefe do Poder Executivo, de instrumento normativo primário que entra em vigor desde sua edição. O desenho autoritário é mediado pela previsão da necessidade de ratificação pelo Poder Legislativo, implementada com a Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

Não obstante, também o processo determinado para a aprovação das medidas provisórias pelo Poder Legislativo representa outro ponto de intervenção na atividade típica desse Poder. Uma vez editada a medida provisória, tem vigência imediata e deve ser convertida em lei pelo Legislativo no prazo de sessenta dias, prorrogáveis uma única vez por igual período. No caso de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória, ou de transcorrer seu prazo de vigência sem conversão em lei, o Legislativo tem ainda a incumbência de disciplinar as relações jurídicas decorrentes do período e, caso a medida provisória não tenha sido apreciada em quarenta e cinco dias contados de sua publicação, ficam sobrestadas todas as deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando, em procedimento previsto também a partir da Emenda Constitucional nº 32/2001.

A nocividade dessas intervenções deveria ser mediada pelos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, visto que este ato normativo primário, representativo de significativa derrogação do princípio fundamental da separação de poderes e da forma democrática, de participação e representação, do processo legislativo, tem lugar apenas quando presentes os pressupostos pensados para garantir a excepcionalidade desta atuação do Poder Executivo.

Esse modelo remete ao dissenso implementado por Carl Schmitt na compreensão da relação entre o Estado de Direito e o exercício do Poder, em sua teoria decisionista e por sua compreen-

são da “Comunidade Orgânica”⁴. Como avalia Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em Schmitt o elemento político prepondera sobre o elemento jurídico, e a validade das leis constitucionais deve deferência às decisões fundamentais do povo⁵. Distingue, portanto, as leis constitucionais da Constituição, enquanto decisão política soberana, subordinando o Direito ao poder político, visto que representaria espécie de manifestação deste poder. Essa compreensão marcaria ainda a visão desenvolvida por Schmitt quanto ao controle de constitucionalidade das leis, atribuindo ao Chefe do Poder Executivo a legitimidade exclusiva para a interpretação das leis, como elemento da verdadeira democracia, por ser o único capaz de exprimir os desígnios do povo, por sua noção de “Comunidade Orgânica”, uma vez que teria postura independente em face dos grupos organizados de pressão política⁶.

Ora, o Estado de Direito surge, idealmente, de formulação tipicamente liberal, como limitação ao exercício do Poder, diante da imposição da Lei a garantir os direitos e liberdades definidos pelos movimentos revolucionários. Assim é que Casara⁷ considera que os direitos e garantias fundamentais têm a função precípua de limitar o exercício do poder, conforme as acepções desenvolvidas especialmente a partir da 2ª Guerra Mundial.

Desde então, apesar de mantida esta estrutura, a forma de conceber os direitos e garantias essenciais do Estado de Direito e, por sua vez, o próprio exercício do poder, tem assumido diferentes contornos como objeto da Filosofia do Direito e em sua expressão prática. Estes elementos se dão em relação mútua de pertencimento e restrição: a Democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais que, por sua vez, são os valores fundantes a orientar o exercício do poder democrático.

O abuso de medidas autoritárias, contudo, subverte não apenas a formulação democrática como também, e drasticamente, se estende de maneira irrestrita por sobre direitos e garantias fundamentais.

Justamente este emprego excessivo é problematizado por Giorgio Agamben, ao tratar do uso de instrumentos excepcionais

⁴ SCHMITT, 1932; 1983; 2006.

⁵ CRUZ, 2004, p. 108-109.

⁶ Ibidem, 2004, p. 110-111

⁷ CASARA, 2017, p. 22-23.

de pleno poder como técnica de governo. Como instrumentos de pleno poder, entende-se a atribuição, ao Executivo, de poder de regulamentação excepcionalmente amplo, que deveria se aplicar em circunstâncias extraordinárias de necessidade e de emergência.

Contudo, Agamben avalia que a extensão dos poderes do Executivo no âmbito legislativo marca a evolução dos regimes parlamentares modernos e “de fato, a progressiva erosão dos poderes legislativos do Parlamento, que hoje se limita, com frequência, a ratificar disposições promulgadas pelo executivo sob a forma de decretos com força de lei, tornou-se desde então uma prática comum”⁸. Em sua análise, prossegue pelo prognóstico de que “uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo”⁹.

Nessa abordagem, a exceção representa o limite entre a política e o direito, é a previsão legal daquilo que não pode ter forma legal, é o fenômeno extrajurídico inserido no ordenamento¹⁰. Essa configuração desafia a noção de subordinação do exercício do poder pelo Estado de Direito, que se vê à mercê da decisão política, não necessariamente por justificativa democrática, mas pela transformação da exceção como técnica de governo, à parte do Estado Democrático de Direito mas, ainda assim, justificada em seus termos legais.

Transpondo-se o debate para a edição das medidas provisórias, o aporte de Schmitt intensifica a complexidade da tensão entre Estado de Direito e exercício do poder. Afinal, em que medida o Estado de Direito, representado pelos direitos fundamentais, subordina a decisão política materializada nas medidas provisórias? A rigidez constitucional é capaz de pacificar esta tensão, com a previsão dos pressupostos de relevância e urgência e dos princípios fundamentais do Estado, e de fazer frente ao exercício do poder diante de uma mutação inconstitucional?

Na prática, o excessivo volume de medidas provisórias editadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988¹¹ indica

⁸ AGAMBEN, 2004, p. 19.

⁹ Ibidem, p. 19.

¹⁰ Ibidem, p. 11-12.

¹¹ Desde a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32 de 11/09/2001 até 30/09/2019, contabilizam-se 896 Medidas Provisórias editadas pelo Poder Executivo, resultando-se em uma média de 01 (uma) medida provisória

uma problemática institucional, de derrogação democrática e adoção da atividade legislativa do Poder Executivo com normas de vigência imediata sem prévio crivo do Congresso Nacional. A problemática se robustece à medida em que este instrumento se opera em intervenção a direitos fundamentais individuais e transindividuais, não apenas pela tensão que se retoma neste debate, mas também por se compreender o impacto destas medidas, com vigência imediata, em temas de afirmação histórica, que demandariam maiores discussões com exigente participação democrática.

De se ressaltar que o instituto da medida provisória, em si, é teoricamente compatível com as constituições democráticas, especialmente a partir do contexto do Estado Social, de maiores demandas prestacionais. Contudo, sua deformação institucional para, sistematicamente, derrogar o princípio democrático, lançando-se mão dos plenos poderes legislativos do Executivo como técnica de governo, representa problemática fundamental do Estado Democrático de Direito, na medida em que, a um lado, excepciona o exercício de poder democrático, mesmo pelos limitados instrumentos em que se implementa constitucionalmente e, de outro, implica também intervenções em direitos fundamentais, operando à parte da imperatividade do Estado de Direito.

Nesse sentido é que se reforçam os aportes de Anna Pintore¹², de que o debate da tensão entre exercício de poder e Estado de Direito não pode prescindir de uma teoria da autoridade, uma vez que a positivação constitucional não representa a autoexecutoriedade do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, e tampouco garante o exercício democrático do poder.

A deformação institucional das medidas provisórias representaria, quando analisada a sistemática constitucional, instrumento de poder subvertido, desimpedido de quaisquer parâmetros a definir sua obrigatória excepcionalidade e a impedir interferência sistemá-

editada a cada 7,36 dias. Por sua vez, entre a promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05 de outubro, e a publicação da Emenda Constitucional nº 32/2011, foram editadas mais de 2.000 (duas mil) medidas provisórias, se consideradas também as reedições (BRASIL, Portal da Legislação. Planalto. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>>, acesso em 12 de outubro de 2019).

¹² PINTORE, 2009, p. 245-246

tica no sistema legislativo típico – representando-se, neste aporte, o princípio democrático resguardado na instituição representativa por excelência e o princípio da separação de poderes – e em direitos fundamentais, diante do rito imediato de vigência das normas editadas por medidas provisórias.

Considerado o recorte dessa investigação, tem-se que os requisitos de relevância e urgência devem ser tidos como pressupostos e limitadores da edição das medidas provisórias, mas o cenário abordado, de excessivo volume de medidas editadas e de sua utilização em naturalização de instrumentos excepcionais, robustece a hipótese de que as acepções do poder Executivo, único legitimado à sua edição, não expressam seus conceitos de origem. Mais ainda, tem-se que esta distorção implica intervenção no exercício do poder democrático, ao concentrar de forma naturalizada atividades legislativas a cargo da autoridade Executiva e, mais gravemente, intervenção no Estado de Direito, ao flexibilizar estes limites ao exercício do poder.

Desta forma, a análise da preservação conceitual dos pressupostos constitucionais à edição das medidas provisórias ganha maior profundidade a partir do esforço reconstrutivo da consagração do instituto na Constituição Brasileira, por seus antecedentes normativos e debates constituintes.

2. Breve histórico da instituição das medidas provisórias na Constituição Federal Brasileira de 1988

A consolidação do Estado Social no início do século XX foi positivada a partir da Constituição mexicana de 1917^{13,14}, em decorrência da Revolução Mexicana de 1910 e com previsão de direitos sociais e garantias trabalhistas (art. 123), e da Constituição de Weimar de 1919¹⁵, que, entre outras disposições, determina a educação

¹³ MEXICO. Constitución (1917). Disponível em <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf>>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

¹⁴ BONAVIDES, 2004, p. 7.

¹⁵ ALEMANHA. Constituição (1919). Disponível em <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

como dever do Estado (art. 145), inclui a restrição ao direito de propriedade com fundamento no interesse social (art. 153), e estabelece um sistema de segurança social (art. 161).

Diante das extensas obrigações positivas impostas ao Estado, estes marcos normativos já previam a possibilidade de o Executivo editar espécies normativas, em situações excepcionais. O artigo 49 da Constituição Mexicana admitia a possibilidade extraordinária de o Executivo legislar, em casos excepcionais, e desde que com aprovação do Congresso, podendo suspender por tempo limitado as garantias que forem obstáculo para fazer frente, rápida e facilmente, à situação de risco. O artigo 48 da Constituição de Weimar, por sua vez, concedia ao Presidente do Reich poderes para tomar as medidas necessárias para restaurar a ordem e seguranças públicas, podendo suspender temporariamente direitos fundamentais previstos na mesma Constituição. Estes são considerados os antecedentes normativos de posteriores prerrogativas legislativas do Poder Executivo, como decretos-lei e medidas provisórias previstos em diversos ordenamentos, e surgidas por interesse público, diante das extensas funções do Estado, para ação executiva rápida em situações excepcionais, inclusive com suspensão de direitos fundamentais.

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, o instrumento normativo primário à disposição da Presidência da República era o decreto-lei, presente nas Constituições brasileiras de 1937, 1967 e 1969, e em torno de cujas regulamentações giravam, nos primeiros momentos, os debates constituintes¹⁶ quando da elaboração da Constituição de 1988.

A investigação das propostas e discussões constituintes tem especial relevância visto que representa a decisão soberana que confere validade ao sistema normativo¹⁷, além de formar a “vontade da

¹⁶Constatação advinda de pesquisa de Fabrício Bittencourt da Cruz aos diários da Assembleia Nacional Constituinte, identificando que “as proposições variavam desde sua manutenção [dos decretos-leis], nos moldes admitidos pelo texto constitucional então vigente (Sugestão 408) à total proscrição ao uso desse instrumento normativo (Sugestão 154, entre outras). [...] Em maio de 1987, já haviam sido encaminhadas aproximadamente 1.500 propostas textuais específicas. Em nenhuma a medida provisória era mencionada” (CRUZ, 2017, p.26).

¹⁷SCHMITT, 1932.

Constituição”, na acepção de Konrad Hesse¹⁸, que lhe confere força normativa.

Neste contexto, a primeira proposta a delinear a instituição das medidas provisórias se deu com o artigo 22¹⁹ do texto Substitutivo do Relator, apresentado em 06 de junho de 1987 pelo constituinte Egídio Ferreira Lima, ao Anteprojeto apresentado em 11 de maio de 1987 pelo Constituinte Relator, José Jorge, à Subcomissão do poder Legislativo. A parte expositiva da proposta e sua redação, em si, revelam que a medida foi pensada para um sistema parlamentarista²⁰, ao envolver, no procedimento, solicitação de Primeiro-Ministro para a adoção de medidas provisórias, de redação quase integralmente correspondente à do art. 77 da Constituição Italiana de 1947.

Em verdade, as medidas provisórias sequer constavam do rol de espécies normativas do artigo 59 da Constituição em qualquer de suas versões em anteprojeto, visto que o dispositivo elenca as normas fruto de processo legislativo. O anteprojeto publicado no Diário da Assembleia Nacional da Constituinte, em 23/09/1988, de fato não consta a medida provisória dentre os incisos do artigo 59, sendo que a espécie normativa foi incluída já na versão final, publicada no Diário Oficial da União em 05/10/1988²¹. Acerca da disposição das

¹⁸ HESSE, 1991.

¹⁹ “Art. 22. O Executivo não poderá, sem delegação do Congresso Nacional, editar decreto que tenha valor de lei. §1º Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República, por solicitação do Primeiro-Ministro, poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las, de imediato, ao Congresso Nacional, para a conversão, o qual, estando em recesso, será convocado extraordinariamente, para se reunir no prazo de cinco dias.

§2º Os decretos perderão eficácia, desde a sua edição, se não forem convertidos em lei, no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dele decorrentes” (LIMA, Egídio Ferreira. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. Constituinte Fase F: Substitutivo do Relator da Comissão. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentsAvulsos/vol-101.pdf>>, acesso em 27.12.2019).

²⁰ “A análise dos discursos constituintes proporciona ambiente seguro para a percepção de que o abandono do ideal parlamentarista durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte deveria ter repercutido com mais intensidade no perfil que se atribuía ao novo instituto, pois a simples retirada da solicitação do Primeiro-Ministro como condicionante à edição da medida provisória não a adaptava ao presidencialismo” (CRUZ, 2017, p. 70).

²¹ Análise documental inscrita no Quadro 13 da obra “A Gênese do Texto da Constituição de 1998”, publicada pelo Senado Federal (LIMA et. al., 2013,

medidas provisórias dentre as normas fruto de processo legislativo, José Afonso da Silva destaca que acertavam os anteprojetos, já que “sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo presidente da República”²².

Apesar de as medidas provisórias, como dispostas na Constituição de 1988, decorrerem do instituto italiano, o antecedente normativo brasileiro é o decreto-lei. Por este mecanismo, a competência legislativa da Presidência da República começou a ser admitida pelo constitucionalismo brasileiro a partir da Constituição de 1937, quando a expressão “decreto-lei”, disciplinava diferentes tipos de atos legislativos, dentre os quais a prerrogativa da Presidência da República em expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência da União, enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional²³. No sentido de ato de governo, o decreto-lei foi novamente admitido pelo ordenamento constitucional nas Cartas de 1967 e de 1969²⁴ e, portanto, em períodos ditatoriais, razão pela qual esta atividade legislativa do Poder Executivo é vista com maior desconfiança.

O antecedente normativo brasileiro dos decretos-leis e a transposição quase literal do *provvedimenti provvisori* italiano ao texto original da Constituição de 1988, sem adaptações ao sistema de governo presidencialista parecem indicar uma deformação conceitual do instituto jurídico das medidas provisórias. A incompatibilidade do sistema de governo presidencialista em relação à conformação original do instituto pela Constituição italiana, bem como a ausência de regulamentação infraconstitucional a orientar o procedimento para deliberação do Congresso Nacional, determinam limitações práticas quando de sua implementação.

p. 56-57)

²² SILVA, 2012, p. 444.

²³ Os diferentes tipos legislativos são previstos nos arts. 12, 13, 14 e 180 da Constituição de 1937, descritos como sendo “decretos-leis de governo de fato que é o seu sentido mais próprio (art. 180); leis delegadas (art. 12); legislação de emergência (art. 13) e competência legislativa livre do Poder Executivo (art. 14)” (SAMPAIO, 1968, p. 30).

²⁴ Cf. art. 58 da Constituição de 1967 e art. 55 da Constituição de 1969, em que se previa a vigência imediata do decreto, com força de lei, a limitação de matérias sobre as quais se poderia legislar e, ainda, a convalidação do ato caso não houvesse deliberação pelo Congresso Nacional no prazo estipulado.

De início, percebe-se na redação original da Constituição Federal de 1988 a ausência de previsão a limites materiais para a disciplina por medidas provisórias, diferentemente, inclusive, da previsão normativa dos proscritos decretos-leis. Também não se regulamentava a possibilidade de reedição das medidas provisórias rejeitadas ou que perderam vigência sem apreciação pelo Congresso Nacional. Pareceres dos órgãos Legislativo e Executivo²⁵ entendiam a possibilidade de reedição de medidas provisórias que perdessem vigência pelo decurso do prazo ou mesmo que, rejeitadas por ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, retomassem estes pressupostos quando da reedição.

Admitida a interferência do Poder Executivo na formulação da ordem jurídica, a instituição original das medidas provisórias no art. 62 da Constituição de 1988²⁶ diferia-se dos proscritos decretos-leis especialmente por prever a perda de vigência caso decorrido o prazo então previsto de 30 dias para apreciação pelo Congresso Nacional.

Instado o Poder Judiciário para manifestação sobre esta questão, o Supremo Tribunal Federal consolidara entendimento favorável à reedição de medida provisória²⁷ não analisada pelo Congresso Nacional, inclusive entendendo pela manutenção dos efeitos da medida desde a primeira edição, o que acabava por desfigurar um dos principais elementos distintivos das medidas provisórias em relação aos decretos-leis, quanto à perda de vigência das medidas caso decorrido prazo *in albis*, sem deliberação do Legislativo.

²⁵ Sobre o posicionamento do Poder Legislativo, cf. parecer proposto pelo Relator Nelson Jobim, aprovado pelo Congresso Nacional (BRASIL. Congresso Nacional. Parecer n. 1, de 20/02/1989. Diário do Congresso Nacional. Brasília, DF, 01.03.1989, p. 571-574) e, sobre o posicionamento do Poder Executivo, parecer encomendado pelo Presidente José Sarney à Consultoria-Geral da República (RAMOS, 1989).

²⁶ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

²⁷ Cf. Súmula nº 651 do Supremo Tribunal Federal, convertida na Súmula Vinculante nº 54.

Essas perplexidades iniciais da implementação do instituto conduziram a intensos debates políticos e doutrinários, demonstrando a necessidade de regulamentação formal objetiva ao menos dos procedimentos formais para edição, vigência e deliberação das medidas provisórias. Diante disto, promulgou-se a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que consolidou algumas discussões advindas da ausência de regulamentação infraconstitucional ao tratamento dado pela redação original do art. 62 da Constituição de 1988. A Emenda trouxe alterações significativas, como a previsão expressa de limites materiais à edição de medidas provisórias²⁸ – outrora depreendidos pela interpretação sistemática da Constituição – e a instituição do regime de urgência para sua apreciação nas Casas do Congresso Nacional, com o trancamento de suas pautas²⁹.

Mais especificamente, sobre a adequação dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência da medida, a Emenda Constitucional acrescentou os §§5º e 9º ao art. 62 da Constituição, atribuindo a Comissão Mista de Deputados e Senadores o exame das medidas provisórias antes de serem apreciadas pelo plenário das Casas Legislativas, emitindo correspondente parecer³⁰. Assim, reconhecia-se ao Poder Legislativo a competência para o controle de constitucionalidade das medidas provisórias e, especialmente, de seus pressupostos.

Contudo, apenas a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, é que se passou a entender a função de a Comissão Mista deliberar, colegiadamente, acerca dos pressupostos constitucionais das medidas provisórias³¹, com a declaração incidental de inconstitu-

²⁸ Cf. parágrafos 1º e 2º do art. 62 da Constituição Federal.

²⁹ Regime de urgência instituído pelo acréscimo do §6º ao art. 62 da Constituição Federal.

³⁰ Eis a redação dos dispositivos:

§5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.029/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 08.03.2012. Diário de

cionalidade do art. 5º, *caput* e do art. 6º, §§1º e 2º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional, que atribuía esta função à atividade monocrática do Relator da Comissão – de fato, desde a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32/2001 até 03 de agosto de 2011 não houve emissão de parecer algum por parte de Comissões Mistas.³²

Apesar desta intervenção, o Supremo Tribunal Federal parece pouco interferir quanto ao controle dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, consolidando entendimento de que sua intervenção deve se dar apenas em caráter excepcional, quando a ausência desses pressupostos seja evidente³³.

Indica-se, assim, que a distorção das medidas provisórias em relação à concepção constituinte revela mutação de cumplicidade institucional, na medida em que seu emprego como técnica de governo é aproveitado também pelo Poder Legislativo, por seu rito mais célere diante do regime de urgência, e tolerado pelo Poder Judiciário diante, justamente, da ausência de parâmetros a determinar sua excepcionalidade.

Esses aportes permitem a análise qualificada da Medida Provisória nº 881, quanto à sua pertinência temática, enquanto matéria regulada por norma primária de vigência imediata sem o devido processo legislativo, e quanto à pertinência sistêmica, diante das acepções dos pressupostos de relevância e urgência discriminados em sua exposição de motivos.

3. O Estado Democrático de Direito na Medida Provisória nº 881/2019

A Medida Provisória nº 881 é definida como objeto de análise por confluir diversos aspectos caros à proposta desta investigação: trata-se de norma recente, de ampla repercussão social, objeto de

Justiça eletrônico, 27.06.2012.

³² Dados fornecidos pela Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal (CRUZ, 2017, p.199).

³³ “Considerado o universo das 138 ADIs propostas contra medidas provisórias do pós-EC [até 31 de dezembro de 2015], houve declaração de inconstitucionalidade em apenas duas; nos dois casos visou-se o resguardo do devido processo legislativo” (CRUZ, 2017, p. 208).

diversos debates materiais, a tratar de forma direta ou tangencial de temas de direitos fundamentais e, ainda, foi convertida em lei (Lei nº 13.874/2019), o que indica anuência do Poder Legislativo quanto à constitucionalidade e ao tratamento normativo da matéria como dedicado pelo Poder Executivo.

É representativo que uma norma geral, que pretende regulamentar disposições constitucionais e, ainda, orientar a interpretação de relações jurídicas e atos regulatórios amplos, se materialize por medida provisória. Concretiza-se o debate acerca da relação entre Estado de Direito e exercício de poder nessa derrogação do princípio democrático, quando o Poder Executivo entende presentes os pressupostos constitucionais de excepcionalidade da medida, definindo amplas intervenções por ato normativo primário sem prévio debate democrático.

Assim, passa-se à análise da instituição da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica por medida provisória, discernindo os aspectos que justificam sua instituição por esta modalidade normativa, a partir da aceção de seus pressupostos de relevância e urgência e, ainda, da presença ou não de deferência ao Estado de Direito, na medida em que a Medida tratar de direitos fundamentais constitucionalmente consolidados.

A proposta de instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica por medida provisória partiu de iniciativa do Ministério da Economia, da Advocacia Geral da União e do Ministério de Justiça e Segurança Pública. A proposta é justificada em exposição de motivos, que deve descrever os requisitos constitucionais de relevância e urgência a autorizar a legislação da questão por medida provisória.

A análise da exposição de motivos³⁴ traduz, portanto, a aceção do Poder Executivo quanto aos pressupostos autorizativos da regulação da matéria por medida provisória e, por sua vez, materializa a tensão entre Estado de Direito e exercício de poder. Na medida em que se discutem direitos fundamentais, os critérios informados na exposição de motivos ajudam a indicar a compreensão, pelos titulares do Poder Executivo, da imperatividade do Estado de Direito. Por sua vez, também o rigor com que se tratam os pressupostos de

³⁴ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>, acesso em 30 de setembro de 2019.

relevância e urgência indicam a deferência ao devido processo legislativo e ao princípio democrático.

Nestes propósitos, tem-se que a Exposição de Motivos começa por apresentar a “Liberdade econômica” enquanto extensão do Estado de Direito e dos direitos humanos, contrapondo-se ao absolutismo. Revela-se a correlação aos direitos e liberdades individuais, consagrados quando da concepção do Estado de Direito Liberal e que, contudo, não representa em sua integralidade a formulação dos direitos fundamentais presente na Constituição Federal Brasileira, de afirmação também de direitos sociais e transindividuais sob o esboço de trunfos.

A partir disso, a proposta revela-se fundamentar em percepções históricas e sociais, como ao se referir a que “existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado [...]”. Tratando-se de expressa permissão do Estado, enquanto ato administrativo plenamente regulamentado pela legislação administrativista das diferentes esferas federativas, reforça-se a conotação puramente especulativa da indicação, que não remete aos requisitos dos atos administrativos de permissão, autorização, licença ou concessão.

Esse caráter parece se representar também pelos fundamentos preliminares a justificar a medida, inscritos nos itens 6 e 7 da exposição de motivos:

6. Em realidade, ao contrário do que se historicamente defendeu no Brasil, similar análise empírica, que acompanhou mais de 100 países a partir da segunda metade do século XX, concluiu que investimentos em produção, educação e tecnologia, quando realizados em um país com mau desempenho em liberdade econômica, não produzem crescimento e desenvolvimento. Ou seja, liberdade econômica é cientificamente um pré-requisito necessário, e daí urgente, para que todas as políticas públicas de educação, tecnologia, produtividade e inovação, que estão sendo desenvolvidas pela nova administração, tenham – de fato – um efeito real sobre a realidade econômica do País, sob pena de privilegiar somente uma elite.

7. Um estudo específico, que reanalisou o histórico de várias pesquisas empíricas realizadas desde a década de 80, reconfirmou a conclusão científica de que a liberdade econômica, e especialmente proteção à propriedade privada, é mais determinante para o bem-estar da população do que, por exemplo, as características regionais e demográficas de um país. Não é coincidência que o país com maior liberdade econômica da América Latina, nosso parceiro a República do Chile, recentemente passou a ser considerado o primeiro país desenvolvido da região, tendo o maior Índice de Desenvolvimento Humano entre os seus vizinhos.

Estas justificativas de contexto antecedem a apresentação dos itens de mérito da proposta, de análise mais detida a seguir, e indicam que a aceção de necessidade da medida decorre de compreensão de emergência econômica, atribuindo ao que se define como “liberdade econômica” a responsabilidade pela efetividade de outras políticas públicas, de educação, tecnologia, produtividade e inovação.

A remissão específica aos requisitos de relevância e urgência se dá apenas no item 32 da Exposição de Motivos:

32. Assim sendo, diante de todo o exposto, a presente proposta preenche os requisitos legais de relevância e urgência, principalmente porque sua edição:

a. auxiliará com efeitos imediatos na recuperação da estagnada economia brasileira, conforme estudos científicos presentes em Nota Técnica, especialmente no momento em que mais de 12 (doze) milhões de cidadãos se encontram desempregados;

b. garantirá, conforme estudos empíricos devidamente citados em Notas Técnicas, que os investimentos em educação e tecnologia tenham resultado efetivo e permanente, afastando o desperdício ou mal aproveitamento de todo seu potencial, em reconhecimento à necessidade de valorização e eficiência

máxima de cada real dispendido pela Administração nestes tempos de austeridade;

c. possibilitará que os processos de desestatização, e de desenvolvimento do País, obtenham o melhor resultado possível para a União, bem como para os Estados, Distrito Federal e Municípios que estão, ao celebrar a plataforma democrática do pleito de 2018, promovendo políticas similares; e, finalmente,

d. resolverá questões concretas de segurança jurídica, sempre sob o amparo da melhor doutrina, que atrairão de imediato investimentos, capital e talentos para nossa República.

De se notar que a compreensão da relevância da inovação legislativa pelo Executivo é apresentada pela justificativa do contexto econômico brasileiro e que, por sua vez, representaria também o fator de urgência para a edição da medida. Observa-se que os critérios informativos dos pressupostos constitucionais, na Exposição de Motivos em debate, não se apresentam de forma clara ou objetiva, colocando-se, genericamente, o contexto econômico apurado segundo o recorte do documento enquanto elemento de relevância e de urgência.

Ressalta-se que, para o propósito desta investigação, não cumpre analisar a pertinência, em si, das medidas econômicas ou tampouco a adequação científica e social das justificativas apresentadas. O recorte se faz, por sua vez, para a apuração do discurso empreendido pelo Poder Executivo enquanto justificativa da derrogação democrática que representa a medida provisória, analisando-se se a compreensão da excepcionalidade da medida, por seus pressupostos constitucionais, está presente na regulação em debate.

A Exposição de Motivos revela ainda uma compreensão de prevalência da decisão política, no exercício do poder, sobre o Estado de Direito. Indica-se, no item 5 da Exposição de Motivos, acepção aproximada da teoria schmittiana, de legitimidade do Chefe do Executivo à interpretação da lei constitucional e de representar os

desígnios da “Comunidade Orgânica”:

5. Após a análise de dezenas de estudos empíricos, todos devidamente especificados nas Notas Técnicas, incluindo os dedicados à América Latina, conclui-se que a liberdade econômica é cientificamente um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país. Mais do que isso, é uma medida efetiva, apoiada no mandato popular desta gestão, para sairmos da grave crise em que o País se encontra.

A conclusão do documento também declara o cunho político e econômico das justificativas apresentadas para a intervenção legislativa do Executivo, corroborando à compreensão de que, no instrumento em análise, prevalece a decisão política do Poder Executivo no ponto de tensão entre Estado de Direito e exercício do poder. Reforça-se ainda a noção de que a rigidez constitucional e a positivação dos direitos fundamentais não se dá em autoexecutoriedade e, assim, não é suficiente para a pacificação dessa tensão.

A análise do texto legal da Medida Provisória nº 881/2019, especificamente quanto à intervenção em direitos fundamentais, permite compreender ainda se o Estado de Direito tem imperatividade sobre a decisão política materializada na medida provisória.

O aprofundamento do debate, na Medida Provisória nº 881/2019, prossegue pela análise do tratamento normativo dado a temas de direitos fundamentais na Medida, a representar a forma materializada de tensão entre o Estado de Direito e exercício de poder.

Não se trata, reitera-se, de análise qualitativa sobre a pertinência e adequação das disposições da norma, que foge do escopo desta investigação. O escopo, nesse momento, se resume à identificação dos pontos de intervenção em direitos fundamentais e da deferência ou não da decisão política à compreensão de imperatividade do Estado de Direito.

A Medida se propõe a concretizar o disposto no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal, bem como o art. 170, parágrafo único e o art. 174, *caput*, também da Constituição³⁵, para estabelecer

³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado De-

normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, dispondo ainda sobre a atuação do estado como agente normativo e regulador. Para tanto, elege como princípios: a) a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas; b) a presunção de boa-fé do particular; e c) a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.

Chama a atenção que a Medida tem pretensões absolutamente complexas, de regulamentação de um dos princípios fundamentais da República Federativa Brasileira, o que faz por ato normativo primário do Executivo, com vigência imediata e força de lei.

Nisso, dispõe-se ainda que os dispositivos da Medida devem orientar a interpretação e aplicação do direito civil, econômico, empresarial, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas e, no tocante à relação com o Poder Público, a Medida também deve orientar a ordenação sobre o exercício das profissões, juntas comerciais, produção e consumo, e proteção ao meio ambiente.

Também aqui se revela a complexidade interventiva da Medida, que se coloca como norma geral de interpretação e orientação de diversas relações jurídicas, inclusive relações marcadas pela disparidade social e financeira, em que uma das partes detém hipossuficiência técnica, jurídica ou financeira, como é o caso de relações trabalhistas e consumeristas.

Não obstante, também a atividade regulatória do Estado, consolidada a partir de movimentos históricos de reconhecimento de seu caráter prestacional, acaba limitada por ato normativo do Poder Executivo, que se declara com prevalência sobre as políticas regulatórias de consumo, proteção ao meio ambiente e exercício das

mocrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

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:

[..]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

profissões. Trata-se, aqui, de intervenção direta na efetivação de direitos sociais e transindividuais constitucionalmente consolidados (art. 225, art. 5º, XXXII e art. 5º, XIII da Constituição Federal).

Quanto a esses direitos, considerados fundamentais segundo os critérios elegidos nessa investigação, enquanto parâmetros de análise, é interessante trazer o aporte de Jorge Reis Novais, que distingue entre duas espécies de direitos fundamentais, a fim de analisar a intervenção estatal. Assim, tem-se que há dois tipos de direitos fundamentais: a) aqueles cujo objeto de proteção é uma coisa do mundo dos fatos; e b) aqueles cujo objeto de proteção é produto da ordem jurídica, sem a qual não existiriam no mundo dos fatos³⁶.

Nesse espeque, o autor distingue que direitos como as liberdades artística ou científica, as liberdades de crença ou consciência são, em essência, determinadas materialmente, não são criadas nem conformadas pelo Direito, sendo que a norma constitucional apenas as reconhece como manifestações da liberdade humana. Nesse caso, garantido constitucionalmente o acesso a um bem que existe no mundo dos fatos, resta ao exercício de poder um espaço mínimo de intervenção. Por sua vez, quanto a direitos fundamentais juridicamente produzidos, como é o caso de garantias processuais, é o legislador que cria o bem objeto da garantia constitucional e que, portanto, tem maior amplitude de intervenção³⁷.

Nesse sentido é que se situa a compreensão da intervenção no Estado de Direito pela Medida Provisória nº 881/2019, ao regulamentar bens fundamentais que são produto da ordem jurídica, por norma editada em derrogação do princípio democrático e do devido processo legislativo, também em distorcida apreensão dos pressupostos constitucionais que resguardariam seu caráter de excepcionalidade.

Conclusão

Apura-se, quando confrontados os dados quantitativos de volume de edição de medidas provisórias em face de sua previsão constitucional, distorção do instituto, evidenciada ainda em interpretação sistemática, conforme os princípios e direitos fundamentais

³⁶ NOVAIS, 2010, p. 163-164.

³⁷ *Ibidem*, p. 163-166.

constitucionais. As medidas provisórias representam inversão da lógica legislativa, com intervenção significativa do processo legislativo, conformando-se em questão jurídico-política de grande relevância e, conseqüentemente, de conseqüências complexas.

A banalização do instituto, demonstrada pela quantidade excessiva de medidas provisórias editadas desde a promulgação da Constituição Federal, aponta ainda a ausência de critérios informativos a determinar o conteúdo dos pressupostos de relevância e urgência, elencados pela Constituição como requisitos de legitimidade e limitação à edição destas normas. Por sua vez, a questão tem conseqüências drásticas em temas caríssimos à higidez do Estado Democrático de Direito consolidado pela Constituição brasileira, com intervenções no princípio da separação de poderes, no princípio democrático e em direitos fundamentais.

A análise da Medida Provisória nº 881 por estes aportes também reforça a constatação de insegurança à proteção de direitos fundamentais e de fragilidade dos princípios fundamentais estruturantes do Estado de Direito brasileiro, quanto ao exercício de poder democrático, ao devido processo legislativo e à separação de poderes. A análise da norma também joga luz aos debates institucionais quanto à espécie normativa, visto que a comunidade jurídica discutiu estritamente a pertinência material dos nominados direitos da Liberdade Econômica, sem maiores questionamentos quanto à legitimidade de se veicular pelo instrumento normativo editado privativamente pelo Poder Executivo, e, por sua vez, o Poder Legislativo chancelou tal regulação pela via normativa da medida provisória, acatando-a e convertendo-a em lei.

De todo modo, entendemos que os resultados apurados representam conseqüência prática, decorrente da inadequada implementação do instituto pelas instituições de Poder do Estado, e não de necessidade de reforma do texto constitucional. Efetivamente, temos com Hesse³⁸ que a adulteração do sentido constitucional, ainda que amplamente acatada institucionalmente, como se dá pela mutação constitucional, encontra limites na própria normatividade da constituição, retomando-se o papel de sua rigidez, em preservar seus princípios e direitos fundamentais, que não são passíveis de intervenção sequer por processos formais de reforma constitucional.

³⁸ HESSE, 1992, p. 99.

Neste esboço, vislumbramos, em proposta ainda incipiente, que uma parametrização objetiva dos pressupostos de relevância e urgência, requisitos à edição das medidas provisórias, pode encontrar elementos definitivos na determinação constitucional das atribuições da Presidência da República (art. 84 da Constituição Federal), aliada à imperatividade do princípio democrático – instrumentalizado pelo devido processo legislativo – da separação de poderes, e dos direitos fundamentais.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. Medida Provisória: dogmas e realidades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. Escritos de Derecho Constitucional. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. A gênese do texto da Constituição de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: FERRAJOLI, Luigi et al, Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

RAMOS, J. Saulo. Medidas provisórias: Parecer SR-92. Consul-

toria-Geral da República. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23.06.1989.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. O Processo Legislativo. São Paulo: Saraiva, 1968.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1932.

_____. La defensa de la Constitución. Madrid: Tecnos, 1983.

_____. Teologia política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2012.

Frente Parlamentar Evangélica: a guerra santa no exercício da função legislativa.

Evangelical Parliamentary Front: holy war in the exercise of the legislative function

Marselha Evangelista de Souza¹

Resumo: A Frente Parlamentar Evangélica formada em 2003 no Congresso Nacional atua na política brasileira como bancada desde a Constituinte de 1987. Desde aquela época, tem como propósito a defesa dos valores morais e éticos da religião evangélica que, nos últimos anos, tem aumentado seu número de fiéis. Após o fim do primeiro turno das eleições de 2018, a Frente Parlamentar Evangélica apresentou um “Manifesto à Nação Brasileira” denominado o “Brasil para os Brasileiros”, que traz propostas dos parlamentares sobre assuntos políticos, econômicos, jurídicos, administrativos e educacionais. O enfoque do presente artigo é no último eixo, que trata sobre educação, e na forma como a Frente vem atuando dentro do Legislativo a partir dos conceitos de laicidade e de guerra santa.

Palavras Chave: Frente Parlamentar Evangélica; laicidade; guerra santa.

Abstract: The Evangelical Parliamentary Front registered in 2003 in the National Congress has acted in Brazilian politics as a bench since the Constituent Assembly of 1987. Since that time, its purpose has been to defend the moral and ethical values of the evangelical religion, which, in recent years, has increased its number of members. faithful. After the end of the first round of the 2018 elections, the Evangelical Parliamentary Front presented a “Manifesto to the Brazilian Nation” called “Brazil for Brazilians”, which brings proposals from parliamentarians on political, economic, legal, administrative and educational matters. The focus of this article is on

¹ Graduada em Direito e Mestre em Ciência da Religião pela UFJF.

the last axis, which deals with education, and on the way the Front has been acting within the Legislative from the concepts of secularism and holy war.

Keywords: Evangelical Parliamentary Front; secularism; holy war.

Introdução

A partir da Constituinte de 1987 os evangélicos começaram a participar de maneira mais contundente da política nacional consolidando sua participação nos anos 2000. Após a eleição de 2018 eles ocupam 34% das cadeiras no Congresso Nacional com um total de 195 deputados e 8 senadores². A organização em uma Frente Parlamentar garantiu ainda mais visibilidade e maior condição de influência dentro do Parlamento.

Ao longo das décadas as pautas que envolviam questões de gênero e sexualidade receberam atenção desse grupo, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, aborto, possibilidade de tratamento para mudança de orientação sexual, projeto contra homofobia nas escolas, etc. Nesses embates a bandeira em defesa da família era o principal fundamento dos argumentos utilizados pelos parlamentares evangélicos. Assim, tudo que na percepção deles pudesse afetar de alguma forma a ideia de família formada por homem, mulher e filhos, recebia rechaço imediato.

Com as eleições de 2018 a Frente saiu não só vitoriosa no Congresso, como viu um de seus membros alçado ao segundo turno do pleito presidencial com chances reais de vitória. Assim, o Manifesto à Nação mostra um grupo político fortalecido e com um vasto plano de atuação para os próximos quatro anos. O eixo no Manifesto que será estudado é o da “Revolução Educacional” que mostra o desejo da Frente em ver a Moral Cristã fortalecida e ensinada nas escolas. Os valores cristãos, de acordo com o Manifesto, devem ser difundidos como condição de possibilidade do crescimento nacional.

O artigo abordará como a Frente atuou nos últimos anos calcada nessa perspectiva sobre educação, influenciando outras esfe-

² BRASIL, Diário da Câmara dos Deputados, 2019. <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=54010>

ras da Federação, para tanto, será feita pesquisa bibliográfica, e análise de discurso a partir de fontes documentais para identificação da transposição da categoria teórica “guerra santa” para a atuação legislativa dos evangélicos no Congresso Nacional.

1. O Manifesto para o Brasil

Encerradas as eleições parlamentares de 2018 a Frente Parlamentar Evangélica apresentou um Manifesto à Nação uma “forma de uma agenda mínima para que se restitua o Estado ao seu único e verdadeiro dono: o Povo brasileiro”³. No Manifesto a Frente afirma que pretende dar maiores contribuições ao povo, ressaltando que mais de 45 milhões de brasileiros professam a fé evangélica⁴ e que mais de 180 parlamentares foram eleitos para a defesa dos interesses dessas pessoas.

O Manifesto é, de acordo com o próprio texto, uma mensagem que traz para

todo o Brasil quais serão as pautas e a forma de atuação da Frente Parlamentar

Evangélica, sendo a apresentação do plano “O Brasil para os Brasileiros”. A Frente Parlamentar Evangélica traça seu projeto em quatro eixos que, na sua visão, são de

fundamental importância para que o povo tenha de volta o controle do país. Os eixos

desenvolvidos no Manifesto são: 1- modernização do estado; 2- segurança jurídica; 3- segurança fiscal e 4- revolução na educação. Para cada um dos eixos são trazidas visões sobre o assunto e propostas, que coadunam ideias e ações.

Em resumo os três primeiros eixos corroboram para a formação de um Estado mais liberal do ponto de vista econômico, tendo como foco um Estado enxuto, desburocratizado, que incentiva o empreendedorismo tendo como fundamento e objetivo o planejamento, a eficiência, a eficácia e a efetividade (eixo 1); que tem como valor constitucional, ao lado da Dignidade da Pessoa Humana, a segurança jurídica que proporciona desenvolvimento

econômico por zelar pelo cumprimento dos contratos e pela

³ MANIFESTO À NAÇÃO, 2018, p. 1.

⁴ Censo 2010 apresenta um total de 42.275.440 de evangélicos no Brasil.

aplicação das leis

(eixo 2); um Estado que vê na segurança fiscal um valor de gestão e uma

meta acima das demais (eixo 3).

No quarto e último eixo é feita a proposta de uma revolução educacional que se apresenta como um projeto de longo prazo e que dará sustento aos demais eixos. Mudar a educação é, na visão contida no Manifesto, uma maneira de agregar valor aos cidadãos brasileiros e ao Brasil. Neste eixo fica clara a fundamentação religiosa no discurso e na atuação da Frente Parlamentar Evangélica. Se nos demais eixos o discurso do Manifesto pudesse vir de economistas e juristas, neste eixo a defesa do cristianismo frente ao “democratismo comunista”⁵, que não valoriza o mérito na educação e “contribuiu para a violência contra a civilização judaico-cristã, atingindo duramente o Cristianismo”⁶ torna claro que se trata de um projeto de cristão de atuação legislativa. É neste eixo que aparece a proposta da Escola Sem Ideologia e Escola Sem Partido, que busca “libertar a educação pública do autoritarismo da ideologia de gênero, da ideologia da pornografia, devolver às famílias o direito da educação sexual das suas crianças e adolescentes”⁷.

Todo o Manifesto busca contrapor o Brasil tomado pela “corrupção endêmica e pelo corporativismo”⁸ ao “novo Brasil que se ora descortina pela revolução democrática advinda do processo eleitoral em curso”⁹. Essa revolução é econômica, jurídica, institucional e moral. A moral aparece atrelada ao processo educacional, pois a Frente Parlamentar Evangélica defende a instituição do Ensino Moral como conteúdo a ser desenvolvidos em todas as disciplinas.

2. A atuação dos evangélicos no Congresso

A Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional foi

⁵ MANIFESTO À NAÇÃO, 2018, p. 53.

⁶ Idem.

⁷ MANIFESTO À NAÇÃO, 2018, p. 54.

⁸ MANIFESTO À NAÇÃO, 2018, P. 1.

⁹ Idem.

criada em 2003¹⁰ contudo, antes dessa formalização institucional¹¹, a bancada evangélica já marcava a atuação dos evangélicos¹² de forma mais organizada na política brasileira. Um marco histórico da participação político partidária dos evangélicos é a Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Naquele momento, assim como no Manifesto de 2018, os evangélicos não só reivindicavam sua participação por ser representativa de uma parcela da sociedade, como também buscavam implementar seus valores na nova Constituição. Em manchetes de jornais de 1987 era possível ler que evangélicos usavam argumentos bíblicos durante a constituinte, visando incutir sua visão conservadora em relação às pautas como aborto e orientação sexual.

A participação dos evangélicos foi ainda decisiva em todo os aspectos da Constituinte que cuidam da família da propriedade, orientação sexual e, sobretudo, proteção à vida desde a concepção — o que elimina o aborto.¹³

Se em um determinado momento da história a ideia era a de que “crente não se mete em política” a partir da constituinte a ideia passou a ser a de que “irmão vota em irmão”¹⁴. Com o projeto de nova constituição os evangélicos enxergaram no Congresso Nacio-

¹⁰ file:///C:/Users/marse/Documents/Artigo%20USP/Ata%20registro%20da%20Frente%20Parlamentar%20Evang%C3%A9lica%20do%20Congresso%20Nacional_DCD0020151110001920000.PDF

¹¹ Os registros de Frentes Parlamentares na Câmara dos Deputados passou a ser exigido em 2005, a partir do ato 69/2005, mas o Estatuto da Frente Parlamentar Evangélica data a criação dela em 2003. O ato da Câmara se deu como meio de formalização das Frentes que já existiam e se avolumavam na Câmara.

¹² O campo evangélico é um campo bastante diverso. Com base nos estudos de Magli Cunha no livro “Do púlpito às mídias” é possível afirmar que os evangélicos que estão atuando na política brasileira são dos grupos pentecostais e neopentecostais que têm uma pauta política conservadora, no sentido de manutenção das formas políticas, tendo como uma de suas bandeiras a salvação da família, através do combate às conquistas de direitos de movimentos progressistas como mulheres, negros e LGBTQIA+.

¹³ Biblioteca online do Senado. Jornal da Tarde, 1988. https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/108287/1988_24%20a%2031%20de%20Abril_%20096.pdf?sequence=3

¹⁴ TREVISAN, p. 30/33, 2013.

nal um espaço importante para a defesa de seus interesses, buscando não só a proteção de sua liberdade religiosa, como também a propagação de sua visão de mundo, de seu modo de vida. Ao longo dos anos, a Frente Parlamentar Evangélica foi ganhando mais adeptos no Congresso e foi se firmando como um grande ator político ligado às pautas envolvendo a defesa da família, da infância e da adolescência, ancorados na moralidade cristã.

A partir dos Governos do Partidos dos Trabalhadores, algumas políticas foram implantadas visando grupos sociais minoritários, como mulheres, população LGBTQIA+ e negros. Além da criação de secretarias, com status de ministérios, de Direitos Humanos e Minorias, de Política de Mulheres e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, que proporcionaram um maior debate político e institucional sobre as demandas desses grupos, houve a conquista de direitos, como por exemplo, adoção de crianças por casais do mesmo sexo, uso de nome social em documentos, realização de cirurgia de redesignação de sexo pelo SUS, Lei Maria da Penha, Casa da Mulher, Lei de Cotas, Lei que obrigada o ensino da história e da cultura africana.

Esses avanços passaram a ser interpretados por grupos religiosos conservadores como alvos a serem combatidos por representares um processo de “destruição da família”, concebida como base da sociedade e da vida. Os movimentos feministas e LGBTI ganharam a identidade de inimigos.¹⁵

Durante a votação do Plano Nacional de Educação (2014-2024) houve debate sobre a questão do tema gênero, se ele seria ou não abordado dentro do ambiente escolar. Nesse momento evangélicos e católicos, sejam parlamentares, sejam lideranças religiosas, se uniram com o objetivo de combater a “ideologia de gênero”.¹⁶ O padre Paulo Ricardo foi o propagador do termo que é usado para tratar de forma pejorativa os direitos de gênero.¹⁷

Por um lado, havia a ideia de que a ideologia de gênero iria provocar doutrinação das crianças nas escolas. Argumento seme-

¹⁵ CUNHA, 2019, p. 131.

¹⁶ <https://www.camara.leg.br/noticias/474973-educacao-debate-aplicacao-da-ideologia-de-genero-e-orientacao-sexual-no-pne/>

¹⁷ CUNHA, 2019, p. 141.

lhante ao usado pela Frente quando da criação do projeto “Escola sem homofobia” do Governo Dilma. O que na mídia foi chamando de “Kit Gay” era, na verdade, um projeto em desenvolvimento criado pelo Ministério da Educação, na época comandado por Fernando Haddad, que tinha como objetivo produzir um conjunto de materiais educativos destinados à tematização e à prevenção da homofobia nas escolas, com nome original de “Escola sem homofobia”. O material foi formulado pela ECOS (Comunicação em Sexualidade), e confeccionado com o apoio de técnicos do Ministério da Educação, ativistas do movimento LGBTQIA+ e educadores de diferentes partes do país e testado com professores de São Paulo¹⁸.

A primeira manifestação pública dos evangélicos foi feita pelo deputado João Campos (PSDB-GO), que na época ocupava o cargo de presidente da Frente Parlamentar Evangélica:

O Governo brasileiro, não só o do então Presidente Lula, mas o da Presidente Dilma, que assumiu um compromisso com os religiosos do País, não apenas com os evangélicos, de que não tomaria nenhuma iniciativa dessa natureza, agora, como uma espécie de fraude, diz que esse material tem um papel pedagógico de orientar os professores e alunos para prevenir homofobia, tem uma outra finalidade na verdade, que é estabelecer esse tipo de orientação. Não podemos admitir. Se quisermos assegurar para nossos filhos um mundo melhor do que recebemos, devemos reagir a essas inúmeras investidas dos que querem destruir os valores cristãos da família, e, para isso, é importante conhecermos profundamente as origens dos ataques à vida e à família.¹⁹

Do outro lado, voltando ao debate do PNE, havia a defesa de que o tema gênero precisava ser abordado nas escolas tendo em vista os altos índices de violência contra a mulher no Brasil, em outras palavras, não seria possível abordar o respeito à vida e aos direitos da mulher sem falar de gênero. Ao final, o Plano Nacional de Educação não teve a inclusão do termo gênero. Importante destacar que esse movimento contra a “ideologia de gênero” avançou para os estados. De 15 estados que sancionaram seus Planos Estaduais de Educação

¹⁸ VITAL DA CUNHA, 2013, p. 110/111.

¹⁹ VITAL DA CUNHA, 2013, p. 122

até junho de 2015, 8 retiraram a referência a gênero²⁰.

Junto com o combate à “ideologia de gênero” veio à tona a plataforma “Escola sem partido”. A partir da ideia de que a escola está tomada por uma única linha de pensamento que vem doutrinando crianças e adolescentes o procurador do Estado de São Paulo Miguel Nagib criou o movimento.

A imensa maioria dos educadores e das autoridades, quando não promove ou apoia a doutrinação, ignora culposamente o problema ou se recusa a admiti-lo, por cumplicidade, conveniência ou covardia. O Escola sem Partido foi criado para mostrar que esse problema não apenas existe, como está presente, de algum modo, em praticamente todas as instituições de ensino do país. Com esse objetivo, colocamos à disposição da sociedade um acervo permanente de informações sobre o tema, e um espaço no qual estudantes, ex-estudantes e pais poderão expressar suas opiniões sobre professores, livros e programas curriculares que ignoram a radical diferença entre educação e doutrinação.²¹

O movimento foi criado em 2004, mas ganhou notoriedade em 2014 e, a partir desse momento, passou a ser objeto de projeto legislativo. Na atual Legislatura, em 2019, novo projeto de escola sem partido foi apresentado, o PL 246/2019²² que foi protocolado e apensando a outro de 2015, o PL 867/2015²³. Esse foi proposto pelo Deputado Izalci Lucas²⁴(PSDB/DF) enquanto aquele foi proposto pela Deputada Bia Kicis (PSL/DF), ambos componentes da Frente Parlamentar Evangélica. Não foram apenas esses os projetos apresentados no âmbito federal, outros parlamentares também produziram projetos no mesmo sentido²⁵. A escola sem partido também

²⁰ CUNHA, 2019, p. 147.

²¹ <https://www.escolasempartido.org/quem-somos/>

²² <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190752>

²³ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050668>

²⁴ Izalci Lucas atualmente é Senador e continua sendo membro da Frente. <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>

²⁵ “Na Câmara há três Projetos de Lei: 7180/2014, do evangélico Erivelton Santana (PEN/BA); 867/2015 do católico Izalci Lucas (PSDB/DF);

chegou nos municípios e nos estados cujos projetos de lei estavam ligados a políticos religiosos²⁶.

Ao propor novas bases para a educação o Manifesto traz a necessidade de

instituir o Ensino Moral como conteúdo transversal em todas as disciplinas, visando à formação e sustentabilidade moral, ética e cívica das gerações. Difundir os mais elevados e profundos princípios e valores da Civilização²⁷

Esse combate a ideologia de gênero e a defesa da escola sem partido, junto com a defesa da moralidade cristã e a meritocracia, forma a base da Revolução Educacional pretendida pela Frente. O Ensino Moral é um ensino cristão, haja vista que o Manifesto é claro em dizer do ataque sofrido pela religião cristã em governos anteriores. As ideologias que tomaram a educação nos anos do PT, afirma a Frente Parlamentar Evangélica no Manifesto, atingiram os valores morais e por consequência levaram ao fracasso da educação. O Manifesto traz assim uma equação bastante simples, o combate às ideologias de esquerda somada à educação moral cristã levará o Brasil em direção a uma educação de qualidade e a um futuro melhor.

Além disso é importante ressaltar que, na visão da Frente, a educação no Brasil desvalorizou o mérito, esforço, em busca de caminhos mais fáceis. Não há um combate direto às cotas raciais, mas fica claro o apreço da Frente pelos antigos modelos de vestibular:

A prova de vestibular era difícil e o nível superior tinha um significado diferente dos dias de hoje: era uma promoção a um nível de escolaridade que criaria um diferencial. Se saberia mais, se teria um conhecimento aprofundado da sua área de atuação. Por causa da sua persistência e escolha em estudar mais teria mais oportunidades, poderia ganhar mais, mas teria também mais responsabilidade em função de saber mais.²⁸

1411/2015 de Rogério Marinho (PSDB/RN) sem vínculo religioso. No Senado, o evangélico Magno Malta (PR/ES) é autor do PLS 193/2016.” (CUNHA, 2019, p. 148).

²⁶ CUNHA, 2019, p. 148.

²⁷ MANIFESTO À NAÇÃO, 2018, p. 55.

²⁸ MANIFESTO À NAÇÃO, 2018, p. 52.

Assim, de maneira direta ou indireta, a Frente reforça o combate aos direitos conquistados pelas minorias e busca, através da educação moral, reestabelecer o que ela acredita que foi perdido. Apesar de apresentar dados de investimentos na educação e fazer propostas que vão desde aumento do tempo do professor em sala de aula ao aumento do investimento em ensino básico e técnico, o foco no combate ideológico é central na fala da Frente Parlamentar Evangélica pois,

O ensino formal como instrução pública é essencial, contudo, de pouca valia tem se não conseguir transmitir e inculcar nas crianças, adolescentes e jovens algo imaterial como o espírito reto na direção da moralidade. Não é grande nação e grande Estado sem o Ensino Moral transversal, que faz a liga da cidadania, e cria resistências contra o crime organizado em todos os setores da vida nacional.²⁹

O discurso moral religioso, assim, se apresenta como solução para o avanço da educação, como um antídoto às ideologias de esquerda, sobretudo à ideologia de gênero, não sendo a religião, para a Frente, uma ideologia. Ao longo da atuação no Congresso o discurso da Frente Parlamentar Evangélica foi combatido justamente pelo uso de argumentos religiosos. Aos olhos de seus oponentes políticos o uso da moral religiosa dentro do parlamento feriria a laicidade do Estado.

Mesmo o elemento religioso sendo norteador da atuação da Frente Parlamentar Evangélica e aparecer de forma significativa em seu discurso, isso não significa que outras formas discursivas não foram vislumbradas pelos parlamentares evangélicos. Cientes do debate envolvendo a laicidade e o discurso religioso, os componentes da Frente já buscaram laicizar seus posicionamentos políticos. O próprio manifesto mostra isso. Somente no último eixo é que a religiosidade vem à tona. Esse comportamento não é raro nem impensado, basta olhar outros momentos de atuação.

No caso que ficou conhecido como “Projeto da Cura Gay”, que era o Projeto de Decreto Legislativo nº 234/2011³⁰, o Deputado

²⁹ MANIFESTO À NAÇÃO, 2018, p. 56.

³⁰ O projeto tinha como objetivo: “a aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º da Resolução do

Federal João Campos (PSDB-GO), membro da Frente Parlamentar Evangélica, ao defender o projeto por ele proposto afirmou o seguinte:

Não apresentei o projeto como pastor, nem como delegado da polícia civil, nem como técnico em contabilidade, mas como deputado federal, zelando pela constituição e pela prerrogativa do parlamento; a Resolução é inconstitucional, fere o princípio da razoabilidade, da isonomia, da autonomia do profissional, do livre arbítrio do paciente; a Resolução ofende direitos fundamentais; em nenhum momento da minha justificativa falo de cura gay, observo que esse título foi dado pela mídia, por ativistas do movimento homossexual que não tinha argumentos jurídicos para combater.³¹

Essa busca em laicizar o discurso aponta para processo que ocorreu dentro da Frente, a partir da experiência adquirida dentro do poder:

Ainda que muitos parlamentares evangélicos sejam efetivamente líderes de suas denominações religiosas, pastores e bispos, cresce entre alguns integrantes da Frente o discurso de que, nas palavras de assessora entrevistada, ‘hoje a igreja escolhe seus representantes para enviar ao Congresso por sua qualificação profissional. Antes a igreja enviava o pastor mais santo, e isso trouxe problema’³²

Ao avançar no campo político a Frente se vale do discurso laico, mas nunca abandoa a raiz religiosa que é a sua razão de ser e agir. O uso estratégico do discurso mostra um amadurecimento político pois, é inegável o crescimento e o fortalecimento desse setor nos últimos anos dentro da política nacional.

Olhando para o projeto de escola sem partido de 2019, para sua justificação, não há qualquer referência à defesa da moral cristã,

Conselho Federal de Psicologia nº 01/99 de 23 de março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual³¹.

³¹ Projeto de Decreto Legislativo, 234/2011.

³² TREVISAN, 2013, p. 7.

dos valores religiosos, ou ao combate da ditadura comunista e da ideologia de gênero, como é possível ver no Manifesto. No projeto de lei busca-se outros termos, outras formas mais republicanas, mais laicas para se defender o que se pretende.

Ao invés de dizer que não é para falar sobre algo que vai de encontro aos valores cristão o texto traz o seguinte:

Finalmente, um Estado que se define como laico – e que, portanto, deve manter uma posição de neutralidade em relação a todas as religiões – não pode usar o sistema de ensino para promover valores que sejam hostis à moralidade dessa ou daquela religião. Permitir que o governo de turno ou seus agentes utilizem o sistema de ensino para promover uma determinada moralidade é dar-lhes o direito de vilipendiar e destruir, indiretamente, a crença religiosa dos estudantes, o que ofende os artigos 5º, VI, e 19, I, da Constituição Federal.

Ao dizer do ensino que não pode promover valores hostis à moralidade religiosa, o que o projeto pretende? Defender a legalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo é ofensivo para alguma moralidade religiosa? E a mudança de sexo? E o aborto? Como funciona a questão da promoção de determinada moralidade que pode indiretamente destruir uma crença religiosa? Falar sobre o respeito, o acolhimento e a defesa de pessoas trans e travestir seria uma moralidade nociva?

Todos os valores que no Manifesto são combatidos, ainda que não escritos no projeto, se enquadram nos conceitos abertos trazidos no projeto de lei. A lei que se pretende produzir não tem termos ou argumentos religiosos, mas, ao mesmo tempo, está cheia deles.

3. Laicidade e guerra santa

Muitas vezes usados como sinônimos os conceitos de secularização e de laicidade podem até ter o mesmo significado, mas, inicialmente, cabe refletir sobre a diferenciação dos conceitos. Tomando como base Paula Montero, a laicidade estaria mais ligada ao regime jurídico do Estado, enquanto que o secularismo estaria ligado mais ao nível social e à sua doutrina política de emancipação do

religioso. Sendo assim, a laicidade trataria da separação entre Estado e Igreja e a secularização da separação entre religião e política:

Embora intimamente associado à ideia de laicidade, o conceito de secularismo remete, não ao regime do Estado, mas ao nível societário e à sua doutrina política de emancipação do religioso.³³

Para outros autores o paradigma da secularização possui três diferentes níveis: a) secularização como diferenciação estrutural e funcional (emancipação) das esferas seculares; b) secularização como declínio nas crenças e práticas religiosas e c) secularização como marginalização da religião à esfera privada³⁴. Neste caso, enquanto que a laicidade demarcaria a regulação política, jurídica e institucional das relações entre religião e política, entre igreja e Estado, a secularização demonstra ser um conceito mais amplo e acabaria, assim, por abarcar a noção de laicidade, sendo essa mais delimitada que aquela.³⁵

No Brasil, alguns autores discutem a concretização do processo de secularização, apresentando divergências, conforme sintetiza Camurça³⁶ a partir do pensamento de Pierruci e Giumbelli. Por um lado, Pierucci afirma que a religião deixa de ser estruturante da sociedade, dando lugar à ciência, por outro, Giumbelli vê nos novos movimentos religiosos um sinal de que a secularização não está bem assentada porque eles representam a manutenção da relevância da religião nas decisões políticas.

Tomando como base as teorias acima explicitadas, buscando diferenciar laicidade de secularização, se pode perceber que, pelo o simples fato de termos dentro do Congresso Nacional um grupo de parlamentares autodenominados de Frente Parlamentar Evangélica, não há no Brasil o alcance dos níveis dois e três do paradigma da secularização. Não há uma confusão estrutural e funcional entre Estado e Igreja ou Estado e religião (nível um), mas não é possível afirmar que há um declínio da prática e as crenças religiosas (o que é confirmado pelo aumento de evangélicos na população) bem como

³³ MONTERO, p. 14, 2013.

³⁴ CASANOVA apud ZEPEDA, 2010, p. 133.

³⁵ MARIANO, 2011, p.244.

³⁶ CAMURÇA, 2003, p. 57.

a contenção da religião ao espaço privado (o que é confirmado pelo aumento de parlamentares na Frente Parlamentar Evangélica).

A laicidade é o valor mais defendido no discurso dos políticos e dos atores sociais contrários aos movimentos da Frente Parlamentar Evangélica, pois eles temem que a ausência de secularização leve à perda de laicidade e, por consequência, corrompa os valores do Estado Democrático de Direito. Interessante observar que nos debates políticos travados na Câmara dos Deputados a laicidade do Estado é um argumento também utilizado pela Frente Parlamentar Evangélica. Ao perceber as resistências aos seus discursos, a Frente aponta que o Estado é laico, mas não é ateu, logo não pode haver impedimento à livre manifestação das crenças, devendo o Estado manter posição de neutralidade em relação a isso. Tal argumentação, pavimenta o caminho para a defesa da liberdade religiosa. Não há dúvidas de que tanto a laicidade quanto a liberdade religiosa são igualmente importantes para a ordem constitucional. O que deve ser analisado é até que ponto o discurso religioso no espaço público afeta a laicidade.

Na visão de Ricardo Mariano, a laicidade no Brasil não possui força normativa havendo no espaço público disputa por católicos e pentecostais, bem como entre religiosos e laicos. Nessa última disputa, cada grupo tem sua visão sobre laicidade, o que mostra que, mesmo não sendo um princípio nuclear da República brasileira, é um valor e uma referência importante para os poderes:

Nesses confrontos e debates, grupos laicos e religiosos têm acionado e concebido divergentes sentidos de laicidade. Os primeiros tendem a defender, nos diferentes fóruns em que atuam, versões mais ou menos próximas do modelo (dito combativo) proposto pela tradição republicana francesa – que inspirou diversos processos de laicização na América Latina –, que zela pelo caráter laico do ensino público, pela rigorosa separação entre Estado e igrejas e pela restrição à participação e à influência de autoridades e grupos religiosos na esfera pública. Já os últimos tendem a reinterpretá-lo de modo lato, visando legitimar a ocupação religiosa do espaço público e da esfera pública, mas mantendo estrategicamente a referência discursiva, o respeito e certa reverência ao arranjo jurídico-político da laicidade estatal, até como recurso discursivo e legalista para garantir a legitimidade de sua própria

intervenção no debate político. Portanto, apesar de serem demasiado diversificadas e divergentes as propostas e intervenções visando demarcar, definir e manipular a laicidade estatal, fixar suas fronteiras, atualizar, corrigir e regular sua aplicação pelo Estado, os agentes religiosos e seculares em disputa no Brasil, em geral, alegam respeitá-la e defendê-la.³⁷

Luiz Bernardo Leite Araújo, ao abordar o tema da religião e da esfera pública apresenta a visão de sociedade pós-secular de Jürgen Habermas. Para Habermas a linguagem religiosa deve passar por uma tradução (saindo de uma razão religiosa para uma razão secular) quando da manifestação na esfera pública, nos casos de manifestação em parlamentos, nos tribunais, no governo e na administração, pois nestes espaços a argumentação principal é a secular³⁸. Araújo compara, em sua exposição, o pensamento de Habermas com o de Taylor. Taylor e Habermas teriam como ponto em comum a ideia de uma tradução institucional do discurso religioso. A diferença seria a respeito da divisão entre razão e religião no que concerne ao espaço no qual a tradução do discurso religioso deve ocorrer.

Taylor defende que a tradução institucional só deveria se processar no âmbito da formulação da legislação em geral e no âmbito das decisões judiciais, visto que nestas dimensões, que exigem compartilhamento e abrangência, a linguagem religiosa falha em cumprir tais requisitos. Entretanto, para Taylor, o espaço da deliberação permite (e até exige, poder-se-ia dizer, como medida de garantia democrática) o uso do discurso religioso. Desse modo, para Taylor, a linguagem oficial do Estado secular não pode ser religiosa, e isto não por ser religiosa, mas por não ser compartilhada. Tanto quanto não o são quaisquer doutrinas filosóficas (abrangentes, no sentido rawlsiano do termo). O uso da linguagem secular ficaria, assim, restrito à formulação da legislação, dos decretos administrativos e das decisões judiciais, não incluindo a deliberação propriamente dita, seja entre cidadãos ou entre seus representantes parlamentares³⁹.

Seguindo a linha de Taylor, a secularização não é prejudicada pela presença de discurso religioso nas deliberações parlamentares, ou seja, a secularização convive com o discurso religioso. Assim,

³⁷ MARANO, 2011, p. 253.

³⁸ ARAÚJO, 2015, p. 123.

³⁹ Idem.

os evangélicos poderiam, sem preocupação com as críticas dos seus oponentes, manter sua fala religiosa nas deliberações parlamentares, no debate político.

Não é possível e nem prudente ignorar a importância social e política que a religião tem no Brasil sendo, portanto, legítima sua atuação dentro do Estado laico.

Não há como ignorar a legitimação da presença pública das religiões no Brasil, principalmente no que concerne à análise pretendida neste trabalho. Embora essa relação não esteja isenta de conflitos e ambiguidades, no que concerne ao comprometimento social das religiões e à própria autonomia do poder político, pode-se afirmar que, em alguns casos da história recente brasileira, houve uma importante atuação de setores da Igreja Católica, e mesmo de algumas igrejas protestantes (embora não tenha havido um posicionamento unívoco), na luta pela justiça, afirmação de direitos e cidadania, convocando as pessoas a se engajarem politicamente⁴⁰.

A manifestação da religião no espaço público estaria, ainda, atrelada ao processo democrático, Sobre religião e Estado democrático Saulo Baptista apresenta as seguintes questões: “quais demandas o Estado deve atender no trato com a religião, sem abrir mão de sua condição de ‘Estado democrático de direito’? Ou, partindo da perspectiva oposta: como as instituições religiosas devem-se organizar para fortalecer o Estado democrático?” Como uma possível resposta às questões Baptista traz a ideia de equilíbrio, e cita Saulo Roberto Cipriani:

é preciso esclarecer que laicidade não pode pretender absorver a religião e menos ainda a religião está chamada a destruir a laicidade para não ter adversários na esfera pública. [...] Trata-se de encontrar um equilíbrio entre laicidade do Estado e as necessidades religiosas de uma parte não insignificante de cidadãos⁴¹.

A presença da religião no espaço público não impede, nessa abordagem, a construção da democracia, mais que isso, a livre ma-

⁴⁰ AREIAS, 2019, p. 104.

⁴¹ BAPTISTA, 2015, p.139.

nifestação religiosa é sinal de que há democracia. Contudo, é importante observar o equilíbrio citado por Baptista. A liberdade religiosa é, de forma clara, um sinal e um valor positivo para democracia e para a laicidade; mas não pode, o Estado laico, ter como fundamento decisório valores religiosos.

Outra abordagem sobre democracia e religião é trazida por Chantal Mouffe e sua categoria teórica “Democracia Agonística”. Dentro da percepção da autora há uma compatibilidade entre religião e espaço público. Para Mouffe as religiões, diferente da previsão de muitos liberais, representam uma forma de identificação com papel crescente na sociedade. Isso faz com que a questão do lugar da Igreja em uma democracia liberal, a relação entre religião e política, se torne um assunto urgente.

A grande marca desta democracia apresentada por Mouffe é a aceitação do pluralismo, como uma “emergência da liberdade individual e a afirmação da liberdade igual para todos”⁴². Para construir essa concepção, Mouffe parte, entre outros aspectos, da crítica que Carl Schmitt faz à ideia de democracia liberal, que na visão de Schmitt seria contraditória, pois traria em si dois princípios irreconciliáveis. Isso porque a democracia estrutura-se em uma lógica de identidade e equivalência, e o pluralismo seria um impedimento para um sistema total de identificação. Contudo, Mouffe busca exatamente a superação dessa contradição defendendo a compatibilização desses dois princípios no modelo agonístico⁴³.

Neste modelo o papel do Estado é de neutralidade em relação à religião e à moralidade, mas não valendo a mesma leitura para os valores políticos. Os valores políticos informam como a democracia liberal se estabelece e como se ordenam as relações sociais.

A política almeja a criação de unidade num contexto de conflito e diversidade. Ela se preocupa com a formação de um ‘nós’ oposto a um ‘eles’. A novidade da política democrática não é a superação da distinção nós/eles, mas a forma diferente como estase estabelece. Uma vez que a dimensão ‘do político’ é admitida, podemos conceber ‘a política’ como a tentativa de domar a hostilidade e desarmar o antagonismo

⁴² Idem.

⁴³ SOUZA, 2016, p.66.

potencial que existe nas relações humanas.⁴⁴

A questão da política democrática é, portanto, a construção do nós/eles em sintonia com a democracia pluralista. A resposta dada por Mouffe é a mudança da ideia de inimigo para adversário. Enquanto inimigo é aquele que deve ser destruído, o adversário – “inimigo legítimo” – é aquele que tem o direito de defender suas ideias, com quem se compartilha princípios ético-políticos da democracia. Dentro dessa visão do pluralismo agonístico, não há impedimento para atuação dos grupos religiosos na política, desde que estes respeitem os limites constitucionais. Mouffe reforça duas separações distintas, uma é entre Estado e Igreja, fundamental para democracia liberal, a outra separação seria entre religião e política. Ve-se, assim, que pode haver, sob certas perspectivas, laicidade e democracia com a presença da religião. Ocorre que essa presença não pode ter como foco a eliminação do outro.

Voltando os olhares para a Frente Parlamentar Evangélica, verifica-se que, como aponta Mariano, a postura dos evangélicos é uma postura de combate, de guerra. Dentro do contexto religioso há o combate entre o bem e o mal, entre Deus e o Diabo, esse conflito se tornou o centro do cristianismo e reverbera para além da lógica religiosa e espiritual, alcançado não só o cotidiano dos fiéis como também a lógica política dos evangélicos.

O mal, o Diabo, domina o mundo e deve ser combatido. Quem pode fazê-lo somente é Cristo e seus servos detentores da “verdade e virtude bíblicas que conduzem à salvação” (MARIANO p. 116). A tomada do poder faz parte de um projeto que não só espiritual (vencer o Diabo, o inimigo) mas também político (os reflexos do Diabo no mundo):

Prato cheio para os políticos evangélicos, a crença nos espíritos territoriais tem-se prestado ao uso eleitoreiro. Justificam seus defensores, candidatos e cabos eleitorais que a eleição de evangélicos para os altos postos políticos da nação trará bênçãos sem fim à sociedade. (MARIANO, p. 144)

A postura combativa vista no Manifesto e colocada em prática através da propositura de projetos mostra que a ideia de tirar

⁴⁴ MOUFFE, 2006, p.22/23.

os pecados do mundo não fica apenas no púlpito. A laicidade como princípio precisa mais do que ser defendido e preservada, como diz Mariano, precisa ser fortalecida para que de fato possa haver neutralidade do Estado para que os diferentes sujeitos possam ter liberdade, de crer, de não crer e de ser o que são ou o que quiserem ser.

Algumas considerações

Como proposta de atuação da Frente Parlamentar Evangélica, para legislatura que se iniciou em 2019, a educação no Brasil deve combater, como já foi dito, o que eles acreditam estar em curso na educação brasileira: a ideologia de gênero e ideologia pornográfica.

Como solução, a Frente Parlamentar Evangélica defende que a educação sexual das crianças e dos adolescentes deve ser feita pela família. A Frente afirma no Manifesto que as crianças e adolescentes estão tomados por uma educação permeada por perversão, sendo eles vítimas de um processo de sexualização e erotização.

A proposta apresentada, com uma base ideológica religiosa, traz elementos que confrontam diretamente direitos da criança e do adolescente que, de acordo com o ECA, possuem prioridade absoluta, cabendo sua defesa e proteção não só à família como também ao Estado e à sociedade. Assim, ao se pensar políticas públicas e sociais, o Estado deve dar preferência a este grupo, que tem, inclusive, o direito à destinação privilegiada de recursos para sua proteção. Mais que isso, no caso da educação, a Frente Parlamentar Evangélica faz afirmações sem qualquer base de verdade. Afirmar que crianças e adolescentes estão sujeitos à pornografia e erotização é o mesmo que afirmar, como o fez o então candidato Jair Bolsonaro membro da Frente Parlamentar Evangélica, que houve “Kit Gay” nas escolas.

Como seres em desenvolvimento que são, o olhar em relação aos seus direitos tem como condão garantir um ambiente seguro, vislumbrando um desenvolvimento saudável no âmbito físico, mental, moral, espiritual e social, com dignidade e liberdade. Assim, abordar temas como orientação sexual e identidade de gênero nas escolas, não é uma abordagem esquerdista ou pornográfica da educação, mas sim a implementação de pautas ligadas aos Direitos Humanos dentro do ambiente escolar proporcionando um pleno desenvolvimentos dos indivíduos.

Nesse sentido, a questão da orientação sexual e da identidade de gênero também ingressa no campo dos direitos humanos e, por conseguinte, no campo da educação. Isso se encontra refletido em legislações federais brasileiras recentes. O Estatuto da Juventude tem uma seção específica sobre o Direito à Diversidade e à Igualdade, que determina que o jovem não será discriminado inclusive por motivo de sexo e orientação sexual (BRASIL, 2013a), e que para a efetivação do direito do jovem à diversidade e à igualdade a ação do poder público deverá incluir⁴⁵.

A Frente Parlamentar Evangélica ao propor medida para a educação da maneira citada, acaba por intervir de maneira preocupante em pontos sensíveis da nossa sociedade. Em material produzido pelo Ministério dos Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Proteção dos Direitos da Criança e Adolescente, denominado “Violência contra Crianças e Adolescentes: Análise de Cenários e Propostas de Políticas Públicas” no ano de 2018, é possível encontrar o seguinte dado:

Ao se observar a violência física por quem foi o agressor, verifica-se que a maioria dos casos de violências físicas se dá no âmbito das relações intrafamiliares. Os pais, englobando aqui pai, mãe, padrasto e madrasta, aparecem como os principais responsáveis pelas violências na faixa etária que vai até os 9 anos de idade das crianças atendidas, concentram acima de 50% das notificações. Esse peso cai para 31,3% na faixa de 10 a 14 anos de idade das vítimas e ainda para 11,6% nos anos finais da adolescência. Pode-se constatar que amigos e/ou conhecidos da vítima ocupam o segundo lugar, com 22,1% dos casos atendidos, adquirindo relevância a partir dos 5 anos de idade⁴⁶.

Os dados mostram que crianças e adolescentes sofrem violência dentro do ambiente familiar, informação essa que reforça o motivo pelo qual a proteção desses sujeitos é dever também do Estado e da sociedade. Deixar apenas para a família a abordagem da sexualidade é preocupante não só porque a família pode ser um

⁴⁵ REIS e EGGERT, 2017, p.12.

⁴⁶ BRASIL, 2018, p. 30.

ambiente de violência sexual, mas também porque a família não possui todas as ferramentas e habilidade para tratar de um assunto tão amplo e complexo. Deixar somente para a família é impedir um desenvolvimento sexual saudável do ponto de vista físico, emocional e psicológico.

Dessa forma, delegar o processo de educação sexual exclusivamente para a família, como propõe a Frente Parlamentar Evangélica no Manifesto e no Projeto Escola Sem Partido, fere o direito de quem ela diz querer proteger, como também fere valores constitucionais e democráticos. Por mais que uma parte significativa da população professe a mesma fé dos membros da Frente Parlamentar Evangélica e que alguns possam ver com bons olhos sua iniciativa (haja vista que ser evangélico não significa apoiar a Frente Parlamentar Evangélica), a proposta aventada no Manifesto busca mobilizar por argumentos religiosos um movimento que confronta com um dever do Estado. Na verdade, vai além disso, ao dizer que os valores morais cristãos devem fazer parte do ensino público, a Frente Parlamentar evangélica rompe com a separação entre Estado e religião, pois coloca como tarefa do Estado aquilo que não é e que não pode ser tarefa dele.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. “Observações Filosófico-políticas sobre religião e esfera

AREIAS, Karina. PARA ALÉM DA SECULARIZAÇÃO: trajetória da relação entre religião e espaço/esfera pública no Brasil. Estudos de Sociologia, Recife, 2019, Vol. 2 n. 25.

BAPTISTA, Saulo. “Secularização, Laicidade e Democracia”. In: SILVEIRA, Emerson Sena

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção dos Direitos da Criança e Adolescente. Violência contra Crianças e Adolescentes: Análise de Cenários e Propostas de Políticas Públicas. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

_____. Projeto de Decreto Legislativo 234/2011 - Projeto de Decreto Legislativo Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>

proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=505415 >Acesso em 10 de out.2013.

_____. Projeto de Lei 246/2019 - Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707037&filename=PL+246/2019>. Acesso 16 de nov. 2020.

CAMURÇA, Marcelo Ayres. Secularização e Reencantamento: a Emergência dos Novos

Movimentos Religiosos. BIB. São Paulo, Número 56, p. 55-69, 2º semestre de 2003.

_____. A Religião e o Censo: enfoques metodológicos. Uma reflexão a partir das

consultorias do ISER ao IBGE sobre o dado religioso nos censos. Religiões em Conexão:

Números, Direitos, Pessoas, Rio de Janeiro, número 69, Ano 33, p. 8-17, set. 2014.

capítulo 6, p. 127-150.

CASANOVA, José. “O Problema da Religião e as Ansiedades da Democracia Secular

Europeia”. Revista de Estudos da Religião.2010, p. 1-16. Dez.

da. MORAES JUNIOR, Manoel Ribeiro de. (org.) Religião, política e espaço público no

CUNHA, Magali do Nascimento. “Do púlpito às mídias sociais: evangélicos na política e ativismo digital – 1ed-.Curitiba: Editora Appris, 2019.

MARIANO, Ricardo. “Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na

esfera pública”. Civitas. Porto Alegre, v.11, nº 2, 2011, pp. 238-258

_____. “Neopentecostais: sociologia do novo pentecostalismo no Brasil – 5ed. -São Paulo: Edição Loyola, 2014.

MONTEIRO. “Religião, Laicidade e Secularismo”. Um debate contemporâneo à luz do caso

brasileiro. *Cultura y Religión*, vol 07, nº 2, 2013, pp.13-31.

_____, Paula. “Controvérsias religiosas e esfera pública: repensando a religião como

discurso”. *Religião e Sociedade*, 2012/1, pp.167-183.

MOUFFE, Chantal. Religião, democracia liberal e cidadania. In: *Os votos de Deus:*

evangélicos, política e eleições no Brasil. Joanildo Burity e Maria das Dores C. Machado.

(orgs.), Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Ed. Massangana, 2006, pp. 15-27.

pública”. In: SILVEIRA, Emerson Sena da. MORAES JUNIOIR, Manoel Ribeiro de. (org.)

REIS, Toni e EGGERT, Edla. *Ideologia De Gênero: Uma Falácia Construída Sobre Os Planos De Educação Brasileiros*. Educ. Soc., Campinas, v. 38, nº. 138, p.9-26, jan.-mar., 2017.

Religião, política e espaço público no Brasil: discussões teóricas e investigações empíricas.

São Paulo: Fonte Editorial, 2015, capítulo 5, p. 109-126.

SOUZA, Marselha Evangelista de. *Evangélicos e Movimento LGBT na esfera pública: a “Cura Gay” trazendo novas perspectivas*. Disponível em <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/browse?type=author&value=Souza%2C+Marselha+Evangelista+de>>. Acesso em 20 de julho de 2017.

TREVISAN, Janine. *A Frente Parlamentar Evangélica: Força política no estado laico*

brasileiro. *Numen: revista de estudos e pesquisa de religião*. Juiz de Fora, v. 16, n.1, p.

581-609.

VITAL DA CUNHA, Christina. Religiões X Democracia?: Reflexões a partir da análise de duas frentes religiosas no congresso nacional. *Religiões em Conexão: Números, Direitos, Pessoas*, Rio de Janeiro, número 69, Ano 33, p. 119-130, set. 2014.

_____. *Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heirich Böll, 2012.

A nova lei sobre abuso de autoridade e a luta contra a arbitrariedade no Estado Brasileiro

A NEW LAW OF ABUSE OF AUTHORITY AND A FIGHT
AGAINST ARBITRARITY IN BRAZILIAN STATE

Luiz Gustavo Tiroli¹

Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo²

Resumo: O autoritarismo brasileiro tem suas raízes principalmente no período da escravidão, nas ditaduras civil e militar e adquire novos contornos na atual conjuntura política do país. Sua manifestação está relacionada, sobretudo, a quatro fatores: a prática do paternalismo repressivo; a valorização da força para resolução de problemas sociais; a preocupação com a garantia da ordem e a prática da intolerância contra as diversidades culturais e sociais. Neste aspecto, surge a lei de abuso de autoridade a fim de punir práticas ilícitas por parte dos agentes públicos. Assim, de que modo a nova Lei de abuso de autoridade pode contribuir para mitigar o autoritarismo e a arbitrariedade dos agentes públicos brasileiros? Será demonstrada a importância de tal legislação para o combate a arbitrariedade que se reforça na cultura autoritária brasileira. A hipótese seria que a Lei 13.869/19 consistiria em um aprimoramento legislativo em

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Endereço eletrônico: luiz.gustavo.tiroli@uel.br. Colaborador no Projeto de Pesquisa Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: (in) certezas – um mundo em transformação e os desafios para a pacificação social e a segurança jurídica da Universidade Estadual de Londrina.

² Mestre em Teorias da Justiça: justiça e exclusão, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos, Ciência Política, Teoria Geral do Estado e Direito Internacional nas Faculdades Integradas do Vale do Ivaí e Procurador do Município de Ibitiporã- PR.

face do antigo diploma de 1965, vez que era ineficiente para punir as condutas consideradas abusivas, primeiro pelo cenário político-ideológico que o país atravessava e, em segundo, pela natureza das cláusulas abertas que impediam a incidência da conduta no tipo penal. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, através da construção de conjecturas baseadas nas hipóteses. Nas considerações finais, tem-se que a nova lei de abuso de autoridade traz tipos penais mais específicos que permitem a incidência da conduta e posterior responsabilização criminal dos agentes públicos que extrapolam suas competências, incorrendo no abuso de autoridade.

Palavras-chave: Abuso de autoridade. Separação dos poderes. Democracia.

Abstract: Brazilian authoritarianism has its roots mainly in the period of slavery, in the civil and military dictatorships and takes on new shapes in the country's current political situation. Its manifestation is mainly related to four factors: the practice of repressive paternalism; the valorization of strength to solve social problems; the concern with guaranteeing order and the practice of intolerance against cultural and social diversities. In this regard, the law of abuse of authority appears in order to punish illegal practices by public agents. So, how can the new Law on Abuse of Authority contribute to mitigate the authoritarianism and arbitrariness of Brazilian public agents? The importance of such legislation for combating arbitrariness that will be reinforced in the Brazilian authoritarian culture will be demonstrated. The hypothesis would be that Law 13,869 / 19 would consist of a legislative improvement in face of the old diploma of 1965, since it was inefficient to punish the conduct considered abusive, first because of the political-ideological scenario that the country was going through and, second, due to the nature of the open clauses that prevented the conduct of the penal type. The method used was the hypothetical-deductive, through the construction of conjectures based on the hypotheses. In the final considerations, the new law on abuse of authority has more specific criminal types that allow the incidence of conduct and subsequent criminal accountability of public agents who go beyond their competences, incurring the abuse of authority.

Keywords: Abuse of authority. Separation of powers. Democracy.

Introdução

Entre os anos 1965 e 2019 vigorou no país a Lei nº 4.898/65, que versava sobre condutas de abuso de autoridade. Foi, todavia, uma lei ineficiente quanto a real punição dos agentes que empregavam atitudes que ultrapassavam suas competências, tendo contribuído para perpetuar uma cultura autoritária que se originou na escravidão, se consolidou nos anos de chumbo e hodiernamente ganha novos contornos na política do país. Em 05 de setembro de 2019, uma nova legislação sobre abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19) foi aprovada, com a finalidade de reprimir eficazmente as condutas arbitrárias dos representantes do Estado. Assim, questiona-se: de que forma a nova Lei de abuso de autoridade pode contribuir para a luta contra a arbitrariedade dos agentes públicos brasileiros que se reforça na cultura autoritária do país? Tem por objetivo perquirir sobre os reflexos jurídicos deste novo instrumento legal, e o possível aprimoramento técnico legislativo em relação ao antigo diploma, reafirmando a ideia de que é preciso “vigiar também os vigilantes”.

Para perquirir a respeito da legislação e sua contribuição para o combate à arbitrariedade no país, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, que corresponde a extração discursiva do conhecimento, através da construção de conjecturas baseadas nas hipóteses, analisando a nova legislação no intuito de compreender os motivos determinantes à renovação de tal diploma.

A nova Lei especifica diversas condutas que devem ser consideradas excessivas, e prevê punições, mesmo que boa parte das ações já configurem condutas proibidas. O objetivo maior da legislação é punir o responsável pelas violações, em garantia não só do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, mas da própria democracia, que naturalmente exige que todo poder seja limitado e devidamente controlado.

1. O abuso de autoridade e cultura autoritarista brasileira: perspectivas históricas e institucionais

O processo de redemocratização do país que ocorreu ao fim do período de ditadura militar e se consolidou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe avanços significativos em termos políticos, sociais, jurídicos e institucionais, alicerçando o Estado brasileiro sobre princípios democráticos.

Os formalismos legais em torno dos direitos humanos e dos princípios democráticos são fundamentais para sua efetivação no contexto social, entretanto, não são considerados suficientes, uma vez que, as instituições do Estado insistem em práticas autoritárias que remontam a períodos históricos sangrentos (desde a chegada dos primeiros europeus em terras brasileiras) e que ainda ecoam na atual conjuntura política brasileira.

A cultura autoritária se manifesta na sociedade brasileira por meio de quatro principais formas. Primeiro, pela prática do paternalismo e do assistencialismo repressivos. Segundo, pela valorização do uso da força para manutenção das instituições e para resolução de problemas de origem social. Terceiro, pela preocupação com a garantia da preservação da ordem social e por fim, pela prática da intolerância para com a diversidade, culminando com o surgimento de propostas excludentes dos grupos minoritários.³

Por paternalismo repressivo compreende-se o processo de distribuições de renda e aplicação dos direitos sociais que são assimilados pela população como benesses e concessões e não como direito a ser exigido. Nesse sentido, as políticas públicas em quantidade e qualidade são distribuídas de maneira diferenciada pelos segmentos sociais que possuem determinado grau de importância econômica ou capacidade de organização política, gerando exclusão e repressão, mitigando a personalidade cidadã dos indivíduos sociais e incorrendo na dependência da população de sujeitos autoritários que ocupam cargos estratégicos dentro do aparato público⁴, “conflitando com o suporte básico da ideia de cidadania, que pressupõe um estatuto comum compartilhado por todos os membros de uma

³ CRUZ, 2010.

⁴ SPOSATI, 1989.

comunidade política”⁵

A utilização da força para resolução de problemas de ordem social no Brasil encontra ainda respaldo nos discursos populistas que visam proteger valores, bens e identidades de determinado grupo social em face de outro. A “criminalização” dos movimentos sociais, a guerra contra as drogas, a incessante busca pela positivação de penas mais severas para determinados crimes e a relativização da aplicabilidade de direitos humanos denotam as repercussões sociais de apoio ao uso da força para solução de problemas sociais.

Neste sentido, são fatores que ilustram a tradição autoritária brasileira: a demanda por repressão, punição e controle social, que está relacionada a uma hierarquia de determinados grupos sociais em detrimento de outros, além da exclusão das diferenças na construção da identidade coletiva e a manutenção das desigualdades sociais.

O discurso irrigado de senso comum apregoa que a Justiça é ineficiente, e privilegia àqueles que detêm o poder econômico e que são capazes de contratar profissionais capacitados para realizar os trâmites processuais necessários para inocentar o sujeito. Nesta lógica, sendo a Justiça um privilégio e tendo a população a violação da maioria de seus direitos, surge o discurso de ataque aos direitos humanos e aos valores democráticos, de modo que a estrutura das desigualdades sociais, acentuada pelo processo de globalização da economia e aliado ao desemprego, a desagregação social e a falta de eficiência de políticas públicas, contribuem para o enfraquecimento da democracia, impedindo a expansão dos valores democráticos e ampliando os conflitos e as intolerâncias, revelando, por meio da desigualdade, uma das faces do autoritarismo brasileiro.⁶

Entre nós, a consolidação do “Estado punitivo” apenas agrava nossos males históricos, vale dizer, a “deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada da criminalidade violenta e dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do

⁵ CRUZ, 2010, p. 03.

⁶ CALDEIRA, 2002.

cidadão.⁷

Os meios de comunicação voltado às grandes massas reforçam o caráter punitivo e ampliam na comunidade o anseio por mais intervenção penal estatal, pois ao explorarem economicamente esse fenômeno, acabam legitimando a intervenção violenta e autoritária do Estado e que conseqüentemente culmina na expansão do quadro de exclusão social.⁸

Sobre o tema, Vera Batista destaca que as campanhas maciças de pânico social veiculada na imprensa permitiram um avanço sem precedentes na internalização do autoritarismo. Segundo a socióloga, pode-se afirmar, sem medo de errar, “que a ideologia do extermínio é hoje muito mais massiva e introjetada do que nos anos imediatamente posteriores ao fim da ditadura.”⁹

Deste modo, o desejo de vingança social e a legitimidade atribuída ao Estado para, por meio da polícia como braço armado, realizar uma “justiça imediata e com as próprias mãos”, encontra raízes profundas na sociedade brasileira (LOPES, 2000, p. 20).¹⁰ A temática em torno do punitivismo denota o autoritarismo cultural brasileiro, que legitima a violação de direitos humanos, e práticas como tortura e outros atos de violência são tolerados a depender da vítima de tais atos.

Tornar a luta contra a delinquência urbana um perpétuo espetáculo moral – como querem policiais e políticos ávidos por explorar o problema – permite reafirmar simbolicamente a autoridade do Estado, justamente no momento em que se manifesta sua impotência na frente de batalha econômica e social.¹¹

⁷ WACQUANT, 2001, p. 12.

⁸ PASTANA, 2007.

⁹ BATISTA, 2001, p. 4, apud PASTANA, 2007, p. 127.

¹⁰ LOPES, 2000, p. 20.

¹¹ WACQUANT, 2004, p. 1.

Outra forma de manifestação da cultura autoritária brasileira encontra-se na defesa da conservação da ordem social que tem origem no Brasil Império, de modo que os conservadores, a fim de, evitar a perda de privilégios para determinadas classes sociais, propuseram uma modernização de “cima para baixo”. Tanto que na República haviam decretos com intuito de proibir greves pela perturbação da ordem pública.

Por isso, torna-se fundamental a educação da população, pois enquanto os filhos das famílias abastadas estudaram e ainda estudam em escolas consideradas pedagogicamente perfeitas, valendo-se de metodologias testadas e aprovadas por Piaget, Pestalozzi, Montessori e Paulo Freire, por exemplo, os filhos das famílias pobres passaram a frequentar escolas públicas estruturalmente moldadas como pequenos quartéis, onde imperam, sobretudo, noções de hierarquia e obediência, além de um plano educacional voltado exclusivamente para o mercado de trabalho.

Havia de um lado a proteção de um povo imaturo, sem integração entre si e com o resto da sociedade, sem vocação para a universalidade e incapaz de solidariedade e de ação coletiva; de outro lado, este povo representava o perigo quando resolvia se manifestar na forma de protestos, formando “a ‘ralé’ e a ‘população’ sem raízes culturais onde ancorar alguma legitimidade.”¹²

Neste sentido, o poder de mando do patrão em relação ao empregado revela ser uma das faces do autoritarismo cultural, pois o poder de dispor sobre a mão de obra, de estabelecer critérios para a produtividade, de realizar a aplicação de penalidades para as faltas dos trabalhadores, de intensificar e ampliar a jornada de trabalho e de deliberar sobre o valor da remuneração ocorreram de maneira arbitrária e sem a participação dos trabalhadores.

Sob o aspecto político, considerando o cenário brasileiro da década de 1930 destacam-se dois tipos de conservadores, os liberais que almejavam a implantação do sistema capitalista e os autoritários que objetivavam uma ordem corporativista, com concentração de poderes no Executivo e centralização no governo federal, sobretudo, com a ascensão de Getúlio Vargas e a implementação do Estado

¹² CRUZ, 2010, p. 8.

Novo.

Personagens como Azevedo Amaral (1938) que sustentava a revogação do sufrágio universal por conceber que determinadas classes sociais e determinados indivíduos não tinham capacidade para discernir a escolha de seus representantes políticos, e posteriormente Alberto Torres (1978) que atacava as ideias relacionados ao direito, a justiça e a igualdade como sendo utópicos, demonstram a existência de um conservadorismo autoritário, que lutava contra o liberalismo e defendiam a centralização de poderes no executivo.¹³

A manutenção de traços autoritários e conservadores na sociedade brasileira permite a disseminação da prática da intolerância, um fenômeno social que vem se manifestando em vários períodos da história, mas que, particularmente no mundo contemporâneo, tem sido capaz de produzir conflitos intensos, gerando guerras, atrocidades, genocídios e extermínios de populações inteiras.¹⁴

Por fim, um outro importante elemento constitutivo da cultura autoritária brasileira, mas que não esgota toda a gama de características e manifestações, é a intolerância, não aquela vinculada aos antagonismos que são constitutivos do político, mas a intolerância enquanto doutrina, ideologia, concepção política e maneira de governar que rejeita a identidade do “outro” e o concebe como um inimigo a ser literalmente desmoralizado e destruído.

A expressão de uma vontade de assegurar a coesão daquilo que é considerado como que saído de Si, idêntico a Si, que destrói tudo o que se opõe a essa proeminência absoluta. Não se trata, jamais, de um mero acidente de percurso: existe uma lógica da intolerância. Ela serve aos interesses que se julgam ameaçados.¹⁵

No campo social, o “outro” é excluído por não atender aos padrões estabelecidos e não cumprir os ditames, se tratando de identidade coletiva, aquele que não se alinha a determinado grupo social

¹³ CRUZ, 2010.

¹⁴ CRUZ, 2010, p. 10.

¹⁵ HÉRITIER, 2000, p. 24.

pode ser compreendido como um “inimigo” que impede o progresso e representa uma ameaça às identidades coletivas, devendo ser combatido, construindo, assim, discursos e ações que discriminam, segregam e levam ao extermínio, a exemplo do holocausto nazista da Segunda Guerra. No Brasil, os discursos ultranacionalistas que apregoam a construção de um modelo único de brasilidade e que aparta a diversidade, representa os traços autoritários persistentes na sociedade brasileira.

Deste modo, a partir de quatro pontos específicos torna-se possível vislumbrar a cultura autoritária brasileira e a ausência de uma tradição democrática sólida de respeito as instituições e ao Estado Democrático de Direito. Desde as relações de trabalho até o direito penal, passando pela política de resolução de conflitos sociais pelo uso da força, pela presença da intolerância política e social e pelo paternalismo repressivo, nota-se a manifestação da cultura autoritária brasileira, que emerge das relações sociais e condiciona a prática política, atingindo todas as instituições.

É certo que o Brasil, por ter adotado a judicialização como regra à solução dos conflitos, a partir da Constituição de 1988, deu ao Judiciário um papel protagonista nunca visto na nossa história, de modo que, com um número aproximado de 27 mil magistrados e agentes do Ministério Público em exercício, não é de se admirar que surjam problemas de viés abusivo dentre os aplicadores do direito.

A bem da verdade, inexistente uma radiografia completa e fiel de tudo o que sucede no Sistema de Justiça Brasileiro, dada sua capilaridade no imenso território do Estado Brasileiro.

A par disso, a nova Lei de abuso de autoridade veio com a missão de estabelecer critérios objetivos para a sanção dos agentes estatais que incorrerem em práticas abusivas e que atentem contra o Estado Democrático de Direito no exercício de suas funções, aprimorando a técnica legislativa em relação ao diploma antecessor, atribuindo mais efetividade para superação da impunidade que contribui como elemento constitutivo da cultura autoritária brasileira. Dentre as novidades trazidas pela referida Lei, está a determinação de que sejam consideradas crime as interceptações telefônicas e as quebras de sigilo de Justiça sem autorização judicial.

2. O aprimoramento técnico legislativo: Principais aspectos sa Lei 13.869/15 em comparativo com à Lei 4.898/65

O projeto original da referida lei foi aprovado pelo Congresso e encaminhado para a sanção presidencial, que vetou dezenove pontos, com trinta e três vetos – dentre os quais a previsão de detenção à autoridade que submeter o preso ao uso de algemas quando demonstrado não haver resistência por parte deste; a criminalização da violação das prerrogativas da advocacia e a penalização da antecipação de culpados por meio das redes de comunicação, inclusive rede social, sem as devidas apurações de culpabilidade, considerando que essa indevida divulgação fere frontalmente os direitos da personalidade do réu, ainda que não sentenciado. Contudo, o Congresso Nacional derrubou dezoito vetos presidenciais.

A real intenção do legislador não foi apenar a atuação dos agentes do Estado, tampouco, coagir membros do Ministério Público e do Poder Judiciário – haja vista que tal normativa destinava-se também a membros do Executivo, do Legislativo, dos tribunais e conselhos de contas, servidores públicos e militares (ou pessoas a eles equiparadas) – mas punir efetivamente os desvios de conduta e abusos “em nome do direito”. Ao contrário do que fora divulgado em diversos meios de comunicação, não se trata de mero revanchismo do Congresso Nacional contra a Operação Lava-Jato: trata-se de reafirmar o império da lei em detrimento do corporativismo de determinadas categorias.

Os vetos e o corporativismo em torno da derrocada de tal legislação reflete o campo sombrio que atravessa a Constituição e a fragilidade do Estado Democrático de Direito brasileiro. Em suma, ressalta-se que os agentes do Estado que vigiam e aplicam a lei são os mesmos que se levantam contra ela, evidenciando que não confiam no processo de interpretação e aplicação das normas no sistema jurídico brasileiro.

O cenário político para a edição da nova legislação que versa sobre o abuso de autoridade não foi o mais propício, visto que pareceu um “revanchismo” congressual. Entretanto, a nova redação estabelece pelo menos quarenta e cinco condutas delitivas e denota um aprimoramento técnico-legislativo se comparado ao antigo diploma,

tornando a legislação mais efetiva e precisa.¹⁶ “Parte das ações já era

¹⁶ 1-Não comunicar prisão em flagrante ou temporária ao juiz; 2-Não comunicar prisão à família do preso; 3-Não entregar ao preso, em 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa; 4-Prolongar prisão sem motivo, não executando o alvará de soltura ou desrespeitando o prazo legal; 5-Não se identificar como policial durante uma captura; 6-Não se identificar como policial durante um interrogatório; 7-Interrogar à noite(exceções: flagrante ou consentimento); 8-Impedir encontro do preso com seu advogado; 9-Impedir que preso, réu ou investigado tenha seu advogado presente durante uma audiência e se comunique com ele; 10-Instaurar investigação de ação penal ou administrativa sem indício (exceção: investigação preliminar sumária devidamente justificada); 11-Prestar informação falsa sobre investigação para prejudicar o investigado; 12-Procrastinar investigação ou procedimento de investigação; 13-Negar ao investigado acesso a documentos relativos a etapas vencidas da investigação; 14-Exigir informação ou cumprimento de obrigação formal sem amparo legal; 15-Usar cargo para se eximir de obrigação ou obter vantagem; 16-Pedir vista de processo judicial para retardar o seu andamento;17-Atribuir culpa publicamente antes de formalizar uma acusação; 18-Decretar prisão fora das hipóteses legais; 19-Não relaxar prisão ilegal; 20-Não substituir prisão preventiva por outra medida cautelar, quando couber; 21-Não conceder liberdade provisória, quando couber; 22-Não deferir habeas corpus cabível; 23- Decretar a condução coercitiva sem intimação prévia;24-Constranger um preso a se exhibir para a curiosidade pública; 25-Constranger um preso a se submeter a situação vexatória; 26- Constranger o preso a produzir provas contra si ou contra outros; 27- Constranger a depor a pessoa que tem dever funcional de sigilo; 28- Insistir em interrogatório de quem optou por se manter calado; 29-Insistir em interrogatório de quem exigiu a presença de um advogado, enquanto não houver advogado presente; 30-Impedir ou retardar um pleito do preso à autoridade judiciária; 31-Manter presos de diferentes sexos na mesma cela; 32-Manter criança/adolescente em cela com maiores de idade;33-Entrar ou permanecer em imóvel sem autorização judicial (exceções: flagrante e socorro); 34-Coagir alguém a franquear acesso a um imóvel; 35-Cumprir mandado de busca e apreensão entre 21h e 5h; 36-Forjar flagrante; 37-Alterar cena de ocorrência;38-Eximir-se de responsabilidade por excesso cometido em investigação;39-Constranger um hospital a admitir uma pessoa já morta para alterar a hora ou o local do crime; 40-Obter prova por meio ilícito; 41- Deixar de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; 42-Usar prova mesmo tendo conhecimento de sua ilicitude; 43-Divulgar material gravado que não tenha relação com a investigação que o produziu, expondo a intimidade e/ou ferindo a honra do investigado; 44-Iniciar in-

considerada proibida, mas de modo genérico e com punição branda. Além disso, a legislação anterior, existente desde 1965, e visava exclusivamente o poder Executivo¹⁷.

A efetividade do diploma legislativo de 1965 fora comprometido tanto pelo cenário político-ideológico do autoritarismo da ditadura militar, como pela carência de taxatividade que permitisse a penalização dos excessos cometidos pelos agentes públicos, uma vez que, a conceituação dos atos de abuso de autoridade foram estabelecidos em rol demasiadamente amplo, conforme consta no art. 3º e 4º da Lei 4.898/65.

Além disto, a cominação das penas aos agentes públicos que incorreriam nos tipos penais previstos no antigo diploma era demasiadamente inferiores a crimes análogos cometidos por agentes privados¹⁸. Assim, a insuficiência está relacionada a baixa taxa de responsabilização pela prática de abuso de autoridade.

No contexto do novo diploma legal, destaca-se a tipificação da violação das prerrogativas da advocacia, que denota o aprimoramento legislativo, no sentido de ampliar a proteção constitucional e garantir a paridade de armas entre os advogados e os demais agentes públicos, juízes e promotores.

Conforme determinação do artigo 6º da Lei nº 8.906/94, não há relação de hierarquia, entretanto, o autoritarismo cultural que se revela por meio da manutenção da ordem impele os agentes públicos, sobretudo pela posição social e institucional que ocupam, a cometerem violações das prerrogativas dos advogados que são constitucionalmente tuteladas e visam tornar equânime a relação entre o agente privado (advogado) e o agente público (juiz, promotor, servidores).

Importante ressaltar que, a Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do exercício da advocacia e apregoa que seu exercício é indispensável à administração da justiça, além de ser fundamental para a manutenção da democracia, uma vez que sem a tutela das prerrogativas da advocacia, não há de se conceber o Estado Democrático de Direito. A possibilidade de criminalização da

investigação contra pessoa sabidamente inocente; 45- Bloquear bens além do necessário para pagar dívidas.

¹⁷ ANGELO, 2020, p. 2.

¹⁸ IBCCRIM, 2019.

violação contribuir na luta contra a cultura autoritária e a arbitrariedade à medida que visa proteger tais prerrogativas sob o manto do direito penal.

A nova legislação, que disciplina as ações de abuso de autoridade, traz um rol taxativo para as condutas e a delimitação da pena a ser aplicada na análise do caso concreto, atribuindo segurança jurídica para a aplicabilidade do dispositivo e para a devida responsabilização dos agentes públicos que abusem da autoridade em que foram investidos.

Outro aspecto que a nova legislação trouxe está assentado na sua característica garantista e protetora dos agentes públicos, uma vez que a Lei 13.869/19 exigiu, além do dolo, a demonstração de que o agente público incorreu na prática de abuso de autoridade com a finalidade de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou por mero capricho ou satisfação pessoal.

Neste sentido, Nucci¹⁹ explica que:

quanto às penas, é preciso ressaltar que várias delas demonstram crimes de menor potencial ofensivo e outras apontam para a viabilidade de aplicação de suspensão condicional do processo. Enfim, não há um único delito que significa pena de prisão como primeira hipótese. Na realidade, o crime de abuso de autoridade é grave, mas não está sendo tratado nem como hediondo nem tampouco com severidade no tocante às penas cominadas, admitindo, claramente, penas restritivas de direitos (mesmo quando não couber transação ou sursis processual).

A combinação do elemento subjetivo específico e o dolo são imprescindíveis para a responsabilização do agente público quanto a prática do abuso de autoridade.²⁰ No diploma antecessor, coube a doutrina e a jurisprudência exigir que fosse demonstrado a intenção finalística de se valer da conduta para beneficiar a si ou a terceiros, denotando um aprimoramento técnico legislativo.

A nova lei de abuso de autoridade também estabelece que “divergência de interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”. Dito isso, o agente que determi-

¹⁹ NUCCI, 2019, n.p.

²⁰ CUNHA; GRECO, 2020.

nou a prisão em face da interpretação de uma determinada norma não poderá, por exemplo, sofrer as consequências previstas para o abuso de autoridade, assim como aquele que determina o relaxamento da prisão não poderia incorrer em prevaricação. Isto é, não há abuso de autoridade quando se fala de posicionamento divergente dos agentes públicos.²¹

Exige-se que as condutas criminalizadas sejam praticadas “com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal” (art. 1º, § 1º). E para afastar o risco de afetar a necessária independência de algumas funções públicas, notadamente magistrados, membros do Ministério Público e das polícias, o § 2º, do artigo 1º da lei ainda adverte: “A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura, por si só, abuso de autoridade”, assim excetuando os indesejáveis crimes de hermenêutica.²²

O desembargador Guilherme Nucci²³ aponta que a possibilidade da vítima pedir indenização, sendo essa fixada na sentença penal, consiste em um ponto positivo na nova legislação, concorrendo para o aprimoramento da legislação processual penal e indo ao encontro das decisões emanadas pelos Tribunais Superiores.²⁴

A nova lei tipificou como crime os agentes públicos estatais que impedirem, sem justa causa, o acesso dos advogados aos seus clientes, que além de concorrer como prática abusiva que viola as prerrogativas da advocacia, fere os direitos fundamentais do acusado ou apenado de ser assistido por um defensor²⁵. Assim, o texto prevê punições para as autoridades que, sem motivo devidamente

²¹ NUCCI, 2019, n.p.

²² FILHO, 2019, n.p.

²³ NUCCI, 2019.

²⁴ LOPES, 2016, n.p.

²⁵ Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos atos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível: pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

justificado, impedirem o acesso a “autos de investigação, termo circunstanciado, inquérito policial ou qualquer outro procedimento investigatório em infração penal, civil ou administrativa, o que até hoje em dia, é comum de acontecer por parte das autoridades.

Em outro aspecto, a legislação tipificou como abuso de autoridade a determinação que estabelece a condução coercitiva de pessoas, que não tenham sido anteriormente convocadas a prestar esclarecimentos à autoridade, impedindo que o fizesse livre de constrangimentos. Neste sentido, Nucci²⁶ sustenta que no antigo diploma já era possível fixar que a condução coercitiva abusiva²⁷ incorreria em abuso de autoridade, entretanto a Lei 13.869/19 positivou tal conduta, possibilitando a responsabilização dos agentes estatais que cometerem este equívoco.

Em relação ao agentes policiais²⁸, a nova lei determina que comete abuso de autoridade o policial que deixar de se identificar

²⁶ NUCCI, 2019.

²⁷ Entende-se aquela em que o indivíduo não foi anteriormente convocado a prestar esclarecimentos, tão somente fora imposto a sua condução coercitiva.

²⁸ Em 2 de outubro de 2017, o país foi surpreendido com a chocante notícia da morte do então reitor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Luiz Carlos Cancellier, que se suicidara em um shopping de Florianópolis. Dezesete dias antes, Cancellier havia sido afastado da função pública que exercia e preso preventivamente por 30 horas no âmbito de uma operação da Polícia Federal que investigava supostos desvios em cursos de Educação à Distância oferecidos pela Universidade. No dia de sua prisão, a PF veiculou a notícia de que a operação desbaratara um suposto esquema de desvios de mais de R\$ 80 milhões. A repercussão foi determinante para a decisão de Cancellier de tirar sua própria vida. Tempos depois, a própria Polícia Federal desmentiu a informação, já que tal valor se referia ao total dos repasses para o programa. Não havia qualquer elemento indiciário que envolvesse Cancellier no inquérito. Os equívocos só foram admitidos extemporaneamente. Em um bilhete encontrado no bolso do suicida, um recado: “minha morte foi decretada no dia do meu afastamento da universidade”. A família do reitor apresentou representação junto ao Ministério da Justiça para que a divulgação errônea dos fatos fosse apurada. O irmão da vítima narra que, dois meses depois, a Polícia Federal respondeu que a publicação da notícia falsa seria indiferente já que “ninguém lê”. A sindicância aberta contra a delegada responsável pelo caso foi estranhamente arquivada sem qualquer punição (MENDES; FERNANDES, 2020).

ou atribuir a si falsa identidade no momento da prisão, assim como no interrogatório, de modo que o tipo penal vai ao encontro com o disposto na Constituição Federal de 1988, que determina que: “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.²⁹

Ao órgão acusatório, o artigo 30 da Lei 13.869/19 estabelece que “dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. Neste sentido, o agente do Ministério Público que der início, se justa causa ou de maneira infundada, além de cometer o crime de abuso de autoridade está ferindo o Estado Democrático de Direito, não havendo neste tipo penal qualquer espécie de cerceamento da atuação e das atribuições dos membros do Ministério Público, ao contrário, a técnica legislativa visa tutelar a própria instituição, impedindo que alguns de seus agentes banalizem a função primordial que a entidade desempenha, no sentido de garantir a manutenção da democracia.³⁰

Cumpre destacar que o artigo 2º da Lei 13.869/19³¹ estabelece o rol dos agentes públicos estatais que podem cometer o crime de abuso de autoridade, não restringindo aos membros do Ministério Público ou do Poder Judiciário, mas também os servidores públicos da administração direta, indireta e fundacional de todas as esferas federativas, ou seja, não se trata de uma legislação dirigida a um segmento específico ou uma instituição determinada.³²

Em relação aos meios de comunicação de massa, redes so-

²⁹ BRASIL, 1988.

³⁰ CUNHA; GRECO, 2020.

³¹ Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II - membros do Poder Legislativo; III - membros do Poder Executivo; IV - membros do Poder Judiciário; V - membros do Ministério Público; VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas. Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo.

³² FREITAS, 2019.

ciais e a grande mídia, o artigo 38 da nova Lei de abuso de autoridade determina que “antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação: pena -detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”. Tal dispositivo visa impedir que a culpa seja atribuída e a pena imposta antes do devido processo legal, garantia constitucional presente no artigo 5º, inciso LIV que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Em vez de colocar no palco da mídia quem é culpado, deve-se guardar sigilo, respeitando-se a figura de todo réu. Por que antecipar culpa? E se a pessoa for absolvida? Quem retira da mente das pessoas a culpa lançada em rede social ou, pior, em rede nacional de TV e rádio? É preciso responsabilidade e absoluta honestidade para ser autoridade, exercendo o poder de suas atribuições. Não se pode banalizar a reputação alheia e jamais se deve eleger um alvo para perseguir, por mais culpado que ele possa parecer.³³

Deste modo, a vinculação da imagem do suspeito ou do acusado nas redes sociais e nas grandes mídias adianta uma espécie de pena, ferindo os direitos da personalidade do sujeito, atribuindo-lhe um suplício não previsto em lei, ferindo a legalidade, uma vez que *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, ou seja, conforme o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

³⁴

Deste modo, a nova legislação concebe dois princípios fundamentais para a aplicação da responsabilização dos agentes públicos: primeiro, a demonstração da finalidade específica da conduta, e segundo, a compreensão de que não se pode punir mera divergência interpretativa. Nestes aspectos, ao contrário do que fora vinculado nos meios de comunicação e sustentado por associações de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público³⁵, a Lei 13.869/19 é

³³ NUCCI, 2019, n.p.

³⁴ BRASIL, 1988.

³⁵ Em relação a repercussão das entidades contra a nova lei de abuso de autoridade: Consultar nota pública da Associação dos Magistrados Brasilei-

garantista em relação ao antigo diploma.

O exercício do poder por todas as autoridades públicas que compõem a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios está submetido aos limites impostos pelas regras constitucionais, em estrita obediência aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência [...] Os grandes avanços obtidos nos últimos tempos no combate à corrupção não serão atingidos pela nova Lei que pune o abuso de autoridade, até pelo fato de que tal análise será feita pelo Ministério Público e julgado por um integrante do próprio Poder Judiciário.³⁶

A nova lei do abuso de autoridade denota um processo de reconciliação entre a axiologia constitucional democrática e o sistema punitivista brasileiro, representando um aprimoramento em relação ao diploma anterior, uma vez que este foi concebido em período anterior ao da promulgação da Constituição Federal de 1988.³⁷

Contudo, há de se considerar que muito embora a necessidade de punir os excessos é indiscutível, não havendo quem possa a ela opor-se, a forma de aplica-la ainda é bastante discutida por parte significativa, inclusive, da comunidade acadêmica, segunda a qual alguns efeitos da Lei podem ser contrários ao pretendido, causando por exemplo, insegurança na ação policial, reforçando omissões.

Além de possuir ainda conceitos vagos, em que pese os avanços obtidos em relação a antiga legislação, tais como: “manifesta desconformidade”, (artigo 9º, caput); “dentro do prazo razoável”, (artigo 9º, parágrafo único); “manifestamente ilegal”, (artigo 9º, parágrafo único, I); “manifestamente cabível”, (artigo 9º, parágrafo único, II e III); “manifestamente descabida”, (artigo 10); “manifestamente ilícito”, (artigo 25).

A legislação contra o abuso de autoridade não se restringe ao Brasil, diversos países mundo afora detêm legislações para tra-

ros, disponível em: https://www.amb.com.br/nota-publica-dafrentas-derubada-de-vetos-ao-projeto-de-lei-de-abuso-de-autoridade/?doing_wp_cron=1580780912.1687650680541992187500. Consultar nota pública do Ministério Público Federal, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/notapublicaccrsepdfc.pdf>.

³⁶ CFOAB, 2019, p. 1.

³⁷ PINHEIRO; CAVALCANTE; CASTELO BRANCO, 2019.

tar das práticas excessivas dos agentes do Estado. Na Alemanha, por exemplo, há previsão de pena de prisão de cinco anos, sendo possível perda de cargo para os membros do Ministério Público que na condução do processo violar direitos ou regras legais.

Longe de ser uma jabuticaba, diversos países da tradição romano-germânica em democracias consolidadas conservam leis penais efetivas voltadas à coibição de excessos dos agentes públicos. Na França, os artigos 332-4 a 332-9 do Código Penal trazem previsões específicas para o abuso de autoridade, tipificando como crime “ordenar ou praticar arbitrariamente ato prejudicial à liberdade pessoal”. Na Alemanha, a legislação criminaliza a “violação ou torsão do Direito”, a *Rechtsbeugung* do §339 StGB, e ainda o delito de “persecução de inocente”, a *Verfolgung Unschuldiger* do §344 StGB. Na Espanha, o artigo 446 do Código Penal prevê a punição do “juiz ou magistrado que, intencionalmente, ditar sentença ou resolução injusta”. Este foi, inclusive, o dispositivo que fundamentou a condenação do juiz Espanhol Baltasar Garzón, por violação ao direito de defesa dos réus na ordenação de interceptações telefônicas ilegais.³⁸

Na França, os crimes descritos nos artigos 432-4 ao 432-9 “abarcam práticas como prolongamento indevido de prisão, atos que atentem contra a inviolabilidade de domicílio e até quebra de sigilo de correspondência”.³⁹ Aquele que proferir conscientemente uma sentença injusta e praticar prevaricação poderá ser condenado a uma pena de um a quatro anos de prisão na Espanha, e nos Estados Unidos, há uma tipificação específico no Código Penal que prevê punição para os agentes federais que lesarem direitos dos cidadãos, e de juizes, conforme legislação específica de cada Estado.

Daí falar-se que, a nova lei de abuso de autoridade corrobora para o combate da arbitrariedade estatal no país, dispondo de instrumento jurídico precisos para responsabilizar os agentes públicos que incorrerem nos tipos penais previstos, tornando um instrumento jurídico autêntico de mitigação da cultura autoritária que assola o país, desde a sua fundação, e demonstrando ser um reencontro da

³⁸ MENDES; FERNANDES, 2020, p. 4

³⁹ ANGELO, 2020, p. 3

axiologia constitucional, a defesa dos direitos e garantias individuais e coletivas contra os desmandos do poder público e de seus agentes.

Considerações finais

A ausência de uma tradição democrática sólida e de respeito às instituições⁴⁰ fere o Estado Democrático de Direito e coloca em risco os direitos e garantias individuais e coletivas duramente alcançadas pelos cidadãos brasileiros. Sob este aspecto, desde as relações de trabalho, passando pela política de resolução de conflitos sociais pelo uso da força, pela presença da intolerância política e social, nota-se a manifestação da cultura autoritária brasileira que emerge das relações sociais e condiciona a prática política.

Em face da ineficiência do diploma legislativo de 1965, a nova Lei de abuso de autoridade tem como finalidade estabelecer critérios objetivos para a sansão dos agentes estatais que incorrerem em prática abusiva no exercício de sua função, aprimorando a técnica legislativa em relação ao diploma antecessor, atribuindo mais efetividade para superação da impunidade que contribui como elemento constitutivo da cultura de autoritarismo brasileira.

A legislação, construída a partir da axiologia constitucional, denota um avanço significativo no combate efetivo as arbitrariedades dos agentes públicos na mitigação dos direitos humanos, das liberdades individuais e coletivas. A nova lei traz tipos penais mais específicos e redação mais clara, mostrando-se instrumento legal válido à manutenção da democracia e ao combate do autoritarismo dos representantes do Estado Brasileiro.

⁴⁰ Tais como o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal, a Presidência da República, o Ministério Público, o Poder Judiciário e outros.

Referências

AMARAL, Azevedo. O estado autoritário e a realidade nacional. Livraria José Olympio, 1938.

ANGELO, Tiago. Combate a inquisição: catapultada por excessos da “lava jato”, lei contra abuso entra em vigor. Consultor Jurídico. 03 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>. Acesso em: 24 jan. 2020.

BATISTA, V. M. 2001. Autoritarismo e controle social no Brasil – memória e medo. Sem Terra, São Paulo, n. 10. Disponível em: http://www.lainsignia.org/2001/marzo/cul_040.htm. Acesso em : 20 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869compilado.htm. Acesso em: 01 fev. 2020.

CALDEIRA, Teresa Pires. Violência. Direitos e cidadania: relações paradoxais, Ciência e Cultura, São Paulo, vol. 54, no. 1, junho/setembro, 2002.

CFOAB. Nota pública – lei do abuso de autoridade. 21 de agosto de 2019. Brasília. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noti->

cia/57469/nota-publica-lei-do-abuso-de-autoridade. Acesso em: 12 jan. 2020.

CRUZ, Natalia Reis. Cultura política, autoritarismo e desigualdade: as limitações à efetivação dos direitos humanos no Brasil. (Axe I, Symposium 2). Independencias - Dependencias – Interdependencias VI Congreso CEISAL 2010, Jun 2010, Toulouse, France. .halshs-00503907. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00503907/document>. Acesso em: 04 fev. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. Abuso de Autoridade Lei 13.868/2019: Comentada Artigo por Artigo. Salvador: JusPOD-VM, 2020.

IBCCRIM. Editorial. Boletim. Nova lei de abuso de autoridade e democratização do sistema de justiça criminal. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 27. n. 323, out/2019.

FILHO, Antonio Ruiz. Abusos das autoridades ou da lei? Migalhas. 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/309812/abusos-das-autoridades-ou-da-lei>. Acesso em: 14 jan. 2020.

FREITAS, João Américo Rodrigues de. Sua excelência o cidadão, e a lei de abuso de autoridade. Migalhas. 19 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/311273/sua-excelencia-o-cidadao-e-a-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 20 dez. 2019.

HÉRITIER, F. O eu, o outro e a intolerância: a Intolerância. Foro Internacional sobre a Intolerância, Unesco, 1997, RJ, Bertrand

Brasil, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 15, n. 42, fevereiro, 2000.

LOPES, Marco Aurélio Vieira. Nova lei de abuso de autoridade. Migalhas. 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/250919/nova-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 16 jan. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o Estado de Direito. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>. Acesso em: 09 jan. 2020.

NUCCI, Guilherme. A nova lei de abuso de autoridade. Migalhas. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade> Acesso em 02 fev. 2020

NUCCI, Guilherme. Lei de abuso de autoridade blinda ainda mais o agente público. Migalhas. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/lei-de-abuso-de-autoridade-blinda-ainda-mais-o-agente-publico> Acesso em 02 fev. 2020

NUCCI, Guilherme. Prisão provisória e delação premiada: compatíveis? Migalhas. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/prisao-provisoria-e-delacao-premiada-compativeis> Acesso em 02 fev. 2020

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Nunes; CASTELLO BRANCO, Emerson. Nova lei do abuso de autoridade comentada: análise crítica e comparativa. São Paulo: Mhmizuno, 2019.

PINHEIRO, P. S; HALL, M. A classe operária no Brasil: 1889-1930. São Paulo: Brasiliense, 1981.

SPOSATI, Aldaíza et all (orgs.). Os direitos dos desassistidos sociais. São Paulo: Cortez, 1989.

TORRES, Alberto. O problema nacional brasileiro. São Paulo: Nacional, 1978.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA: discursos sediciosos. Rio de Janeiro, 1998.

PARTE II

**COMPORTAMENTO JUDICIAL NO
BRASIL: PERSPECTIVAS EMPÍRICAS**

A Imagem de Si Mesmo: a autoprodução Midiática do Supremo Tribunal Federal

THE IMAGE OF YOURSELF: MEDIA SELF-PRODUCTION

Wagner Vinicius de Oliveira¹

Resumo: esse estudo questiona a relação estabelecida entre o aumento do aparato midiático judicial e a interação com a sociedade civil. Identifica-se o fenômeno chamado de mídia judicial, isto é, o conjunto de mecanismos dedicados à produção midiática do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em especial. Além da descrição detalhada desses mecanismos, realiza-se uma reflexão teórica para desmistificar a suposta relação direta entre o incremento desses mecanismos e a transparência democrática. Coloca-se como resposta provisória a afirmação de que a mídia judicial cumpre o objetivo de refletir a imagem de si mesma e esse ponto de vista será demonstrado com auxílio de algumas reportagens (Notícias STF), que reforçam as inferências realizadas. Esses procedimentos serão realizados com base nos métodos descritivo e reflexivo para investigar a situação problema apresentada. Os resultados aportados pela pesquisa documental e bibliográfica, ainda inédita, sugerem a utilização da autoprodução midiática para gerar a imagem de si mesmo. Por fim, tem-se que o aparato institucional movimentado não é capaz de sozinho tornar o Supremo Tribunal Federal mais transparente, ao contrário, atua majoritariamente para reforçar o aspecto político do Judiciário.

¹ Professor de direito da Faculdade do Norte de Mato Grosso - AJES, doutorando em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ, mestrado em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2018), ambos com bolsa de pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES (2017-2018; 2019-2023), bacharelado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado (OAB/MG). E-mail: oliveirawagnervinicius@gmail.com

Palavras-chave: Influência deliberativa. Mídia judicial. Supremo Tribunal Federal. Transparência democrática.

Abstract: in this study, we question the relationship established between the increase of the judicial media apparatus and the interaction with civil society. We identified the phenomenon called judicial media, that is, the set of mechanisms dedicated to the media production of the Judiciary, in general, and the Brazilian Supreme Court, in particular. In addition to the detailed description of these mechanisms, we conducted a theoretical reflection to demystify the supposed direct relationship between the increase of these mechanisms and democratic transparency. We put as a provisional answer the affirmation that the judicial media fulfills the objective of reflecting the image of itself and we demonstrate this view with the help of some reports (Notícias STF, in Portuguese) that reinforce our inferences. We performed these procedures based on the descriptive and reflective methods to investigate the problem situation presented. The results of the still unpublished documentary and bibliographic research suggest the use of media self-production to generate the image of oneself. Finally, we have that the institutional apparatus that is moved cannot alone make the Brazilian Supreme Court more transparent on the contrary; it acts mainly to accentuate the political aspect of the Judiciary.

Keywords: Deliberative influence. Judicial media. Brazilian Supreme Court. Democratic transparency.

Introdução

Esse artigo busca estabelecer diálogos com as *liberdades democráticas e suas restrições* e focaliza a relação entre mídia e Judiciário. Tradicionalmente tais enfoques estão concentrados no grau de influência externa que a primeira exerce sobre a atividade jurisdicional. Tornou-se corriqueira, para não falar em lugar comum, criticar a deferência ou a indiferença judicial em relação à opinião pública, geralmente veiculada pelos mecanismos midiáticos.

Porém, no contexto estadunidense há quem sustente a imprescindibilidade de a *Supreme Court* contar com a aquiescência

popular mediada pela mídia/opinião pública (suporte difuso).²Em outro sentido, esse estudo abre novas frentes de trabalho ainda pouco exploradas especialmente nas pesquisas brasileiras.

Dos conflitos que essa perspectiva tradicional estabelece, ressalta-se que a mídia não é um tipo natural; ao contrário, é uma coleção internamente heterogênea de competidores econômicos e de estruturas de interesses. E, o Judiciário maximiza sua reputação entre as elites quando consomem seus produtos de mídia institucional.³

Problemática que se desenvolve fundamentalmente sobre a produção midiática do Judiciário que pode tanto apresentar uma opinião difundida quanto difundir uma opinião apresentada. Implica, portanto, questionar a suposta relação estabelecida entre o aumento do aparato midiático judicial e a interação com a sociedade civil, ou seja, colocar sob suspeita se a mídia judicial é capaz de produzir a transparência democrática.

A hipótese trabalhada consiste na afirmação de que a mídia judicial cumpre o objetivo de refletir a imagem de si mesma. Por outras palavras, o conjunto dos veículos midiáticos institucionais do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em especial, atua como impeditivo ou no mínimo como agravante de uma relação paradoxal: ao visibilizar determinado ponto de vista, invisibiliza tantos outros.

Para evitar que a locução “mídia judiciária” seja compreendida em mais de um sentido, entende-se pelo produto realizado pela estrutura midiática do Supremo Tribunal Federal - STF composta por onze diferentes plataformas, a saber: (i) Notícias STF; (ii) Coberturas especiais; (iii) TV justiça; (iv) Rádio justiça; (v) Banco de imagens; (vi) Agenda dos Ministros; (vii) Agenda do Presidente; (viii) Artigos e discursos; (ix) Entrevistas; (x) STF no YouTube; (xi) STF no Twitter; que serão detalhados no próximo tópico.

A linha mestra dessas reflexões consiste em considerar os canais tradicionais (televisão e rádio) e virtuais (YouTube e Twitter), atuando como único mediador da pauta midiática o próprio Tribunal e, ao fazê-lo sob o argumento de transparência democrá-

² FRIEDMAN, 2004; 2009.

³ VERMEULE, 2011, p. 122.

tica termina por desenvolver seu “*marketing político*”⁴. Isso é fator preponderante para a criação ou perpetuação da sensação de um “bem-estar participativo”.⁵

Diante desse quadro, as capacidades humanas e institucionais entrecruzam com as configurações estatais e as relações de poder que alijam a parcela expressiva das pessoas de oferecerem suas contribuições. Uma leitura ampliativa identifica a contradição performativa entre uma pauta informacional escolhida de forma pouco ou quase nada republicana e o imaginário coletivo de que qualquer pessoa do povo poderá interagir direta e imediatamente com as Ministras e os Ministros do STF.

Uma concepção que confere a aparência e a importância da informação divulgada e, além disso, passa a ser enfrentada como uma prática mandatória, em verdade, tornou-se uma demanda socioinstitucional apresentada com o objetivo de concretizar garantias constitucionais de acesso à informação e de transparência, por exemplo.

A auto exposição midiática atenderia, em parte, à exigência de transparência judicial. Sem, contudo, possibilitar, de forma efetiva, o direito fundamental à participação social. Nesse ponto,

a mídia judicial não apresenta equivalência razoável entre a divulgação dos feitos judiciais e a concretização desse direito.

O objetivo central trabalhado nessa pesquisa consiste em identificar, descrever e analisar o desenvolvimento e a atuação do fenômeno da mídia judicial brasileira. No campo específico, procura-se: (i) constatar e descrever as manifestações da mídia judicial brasileira; (ii) distinguir as espécies tradicional e judicial de produção midiática; (iii) apurar as especificidades e as implicações na atuação da mídia judicial do STF; (vi) indicar se os canais oferecidos potencializam (ou não) a transparência democrática do Tribunal. Esses objetivos fornecem a estrutura dos tópicos que compõem esse artigo.

Para tanto, os procedimentos metodológicos utilizados pela pesquisa documental e bibliográfica serão os métodos descritivo e reflexivo para investigar a situação problema apresentada. Num primeiro momento busca-se descrever aquilo que se entende por mídia

⁴ IANNI, 2003, p. 162.

⁵ OLIVEIRA, 2018, p. 133.

judicial, seguido da pesquisa exploratória teórico-conceitual que se encarrega de refletir as especificidades e as implicações do fenômeno retratado, por último, com auxílio de algumas reportagens (Notícias STF), procura-se demonstrar as inferências que reforçam a perspectiva defendida.

A par disso, a justificativa oferecidas para a realização desse estudo reside, principalmente, no seu caráter original que pretende deslocar as análises do tema para a atuação performativa institucional (midiática) na produção de uma autoimagem que assinala, pelo menos, duas possibilidades. Uma, pelo acréscimo de transparência pública ou democratização da comunicação judicial; outra, para além de “quando julgar se torna um espetáculo”⁶ consiste na própria espetacularização do Judiciário.

Por certo, nesse campo não há fórmulas infalíveis para se evitar avaliações equivocadas, quer dizer, a superestimação ou a subestimação acerca da influência dos veículos midiáticos institucionais no desempenho da atividade jurisdicional. Antes de emitir qualquer juízo antecipado é importante tomar contato com o fenômeno da mídia judicial.

1. Manifestações da mídia judicial brasileira

Conforme anunciado na parte introdutória desse artigo busca-se, nesse primeiro momento, caracterizar e descrever aquilo que se entende por mídia judicial. Nessa etapa os esforços estarão majoritariamente concentrados em delinear as configurações do objeto de pesquisa. Para tanto, utilizam-se as informações e os dados obtidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal - STF (portal.stf.jus.br). Além do texto expositivo, os dados coletados serão reunidos e apresentados com o auxílio de duas tabelas.⁷

Dentro do mencionado sítio eletrônico, mais especificamente na aba “Imprensa”, é possível encontrar os canais institucionais de comunicação do STF, quais sejam: (i) Notícias STF; (ii) Coberturas especiais; (iii) TV justiça; (iv) Rádio justiça; (v) Banco de imagens;

⁶ MELLO, 2017.

⁷ Cf. Tabela 01 - Quantitativo numérico dos artigos publicados e dos discursos proferidos e Tabela 02 - Quantitativo numérico das entrevistas disponíveis.

(vi) Agenda dos Ministros; (vii) Agenda do Presidente; (viii) Artigos e discursos; (ix) Entrevistas; (x) STF no YouTube; (xi) STF no Twitter. A seguir, expõe-se detalhadamente esses canais ou plataformas para o desenvolvimento da mídia judicial.

1.1. Notícias STF

Esse recurso disponível na página da internet exerce a função de veicular as principais notícias relacionadas ao STF. Existe a possibilidade de aplicação de um filtro temporal, cujas datas são escolhidas livremente pela pessoa que realiza a consulta nos textos informativos curtos, geralmente apresentam uma ou duas páginas de extensão. Inclusive, foi essa a ferramenta utilizada para a demonstração empírica da hipótese inicialmente levantada, que será detalhada no terceiro tópico.

Geralmente na página inicial são rerepresentadas as principais notícias produzidas pela assessoria de comunicação nos últimos cinco dias. Essa plataforma institucional produz e reproduz as notícias e os conteúdos gráficos e fotográficos referentes a rotina institucional não necessariamente ligados aos trâmites processuais das ações judiciais em curso no STF.

Tem-se um conteúdo técnico informacional cuja função principal reside na transparência e na publicidade das informações. Durante a consulta, dependendo da época realizada, além da intenção de divulgar as ações já realizadas busca demonstrar as estratégias de atuação do STF para o próximo mês ou para o próximo ano. No entanto, percebeu-se certo destaque à Ministra ou ao Ministro que exerce temporariamente a Presidência do STF.

1.2. Coberturas especiais

A aba coberturas especiais apresenta um espaço adicional para as matérias de destaque, no qual se realiza informes elaborados majoritariamente por textos informativos. Até o atual momento,⁸ foram identificadas vinte coberturas especiais relacionadas tanto com as ações judiciais decididas pelas Ministras e Ministros do STF, quanto com os acontecimentos históricos nacionais e internacionais.

⁸ Consulta realizada em 14/01/2020.

Precisamente, essas coberturas estão distribuídas em duas páginas e se referem aos seguintes temas: (i) 20 anos do Mercosul; (ii) Acervo cultural do STF; (iii) II Conferência Mundial de Cortes Constitucionais; (iv) Proclamação da República; (v) Peticionamento Eletrônico; (vi) Ministro Marco Aurélio: 20 anos de STF; (vii) 50 Anos do STF em Brasília; (viii) STF: Imagens de 2009; (ix) Pacto de San José da Costa Rica - 40 anos; (x) Lei das ADIs - 10 anos; (xi) Ministro Celso de Mello - 20 anos; (xii) A Revolução Francesa na Constituição Brasileira (xiii) STF e os 70 anos de defesa dos direitos trabalhistas no Brasil; (xiv) Reserva Indígena Raposa Serra do Sol; (xv) Importação de pneus usados; (xvi) STF e o AI-5: 40 anos depois; (xvii) Declaração Universal dos Direitos Humanos - 60 anos; (xviii) Reserva Raposa Serra do Sol; (xix) 20 anos da Constituição Federal; (xx) Raposa Serra do Sol.

Esse recurso disponibiliza os materiais textuais e gráficos de conteúdo informativo referente as coberturas especiais produzidas. A quantidade de subdivisões dentro de cada cobertura especial é variável, isto é, depende diretamente do conteúdo da cobertura realizada, para exemplificar, a cobertura especial referente ao “acervo cultural do STF” possui 10 links com fotografias e outras informações.

Também são cobertos temas relacionados ao contexto histórico e político nacional, referentes aos procedimentos jurisdicionais (ajuizamento e trâmites processuais por meio eletrônico), as comemorações e imagens voltadas aos 20 anos de carreira de alguns Ministros do STF (Marco Aurélio e Celso de Mello), apresentação de dados estatísticos (referente ao período de 50 anos do STF em Brasília), fotografias de um ano específico (2009), legislações nacionais (Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99) e internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos e Pacto de San José da Costa Rica).

Há, inclusive, uma cobertura especial sobre a influência da Revolução Francesa no direito brasileiro e a atuação do STF na defesa dos direitos trabalhistas. O caso da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol constitui um evento diferenciado que foi objeto de três coberturas especiais. Esse espaço também foi utilizado para realizar um balanço dos quarenta anos do Ato Institucional n. 5 (AI-5) e uma cobertura especial sobre a comemoração dos vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88.

Mas, o que há de recorrente nas informações veiculadas e

aquilo que efetivamente se extrai desses dados é a centralidade ou a pessoalidade de algumas Ministras e Ministros do STF e a insistência de frisar que o “STF ouve a sociedade civil”.

1.3. *TV Justiça*

Devido a singularidade que a TV Justiça representa apresenta-se a definição contida no sítio eletrônico do STF, que a descreve como “um canal de televisão público de caráter institucional administrado pelo Supremo Tribunal Federal”, além disso, define “como propósito ser um espaço de comunicação e aproximação entre os cidadãos e o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia”⁹

Suas distinções, especificidades e desdobramentos serão abordados nos próximos tópicos, por hora, interessa sua descrição conceitual e finalística. A TV Justiça conta inclusive um sítio eletrônico próprio (www.tvjustica.jus.br) para disponibilizar sua programação onde também é possível localizar notícias da Rádio Justiça e do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por exemplo.

O sentido atribuído a essa plataforma de conteúdo midiático, segundo informações oficiais, consiste em “preencher uma lacuna deixada pelas emissoras comerciais em relação às notícias ligadas às questões judiciais” e desenvolver a “perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões”¹⁰

Para tanto, uma das estratégias utilizadas pela emissora estatal consiste na transmissão das sessões de julgamento em tempo real. Assim, acredita que alcançará seu objetivo institucional de “conscientizar a sociedade brasileira em favor da independência do Judiciário, da justiça, da ética, da democracia e do desenvolvimento social e proporcionar às pessoas o conhecimento sobre seus direitos e deveres”¹¹

1.4. *Rádio Justiça*

⁹ BRASIL, 2017, n.p.

¹⁰ BRASIL, 2017, n.p.

¹¹ BRASIL, 2017, n.p.

Segundo informa a coordenadoria de imprensa, a Rádio Justiça é uma emissora pública de caráter institucional administrada pelo STF. As transmissões realizadas na faixa FM¹² iniciara em maio de 2004, sintonizável na frequência 104,7 MHz,¹³ via satélite e pela *internet*. Trata-se do serviço de radiodifusão prestado por uma equipe própria com a produção de notícias por “jornalistas de outros tribunais e de entidades ligadas ao Judiciário”, com a colaboração de correspondentes da emissora em todas as unidades da Federação brasileira.

No sítio eletrônico próprio (www.radiojustica.jus.br), além de acompanhar as notícias atualizadas de hora em hora é possível ouvir a programação da rádio em tempo real. A emissora possui ainda uma conta no Twitter. Dessa forma, a “Rádio Justiça ao tratar os temas jurídicos em profundidade pretende evitar que assuntos importantes e complexos sejam abordados superficialmente”.

Acrescente-se, por fim, que segundo o Regimento Interno do STF,¹⁴ (art. 154, parágrafo único, V, RISTF), a TV Justiça e a Rádio Justiça são responsáveis pela transmissão das audiências públicas realizadas.

1.5. Banco de imagens

Essa plataforma é a que disponibiliza a maior quantidade de conteúdo da mídia judicial do STF. Até 19/12/2019 foram encontrados 27.835 registros fotográficos, todos relacionados a figura de uma Ministra ou a um Ministro em particular ou ao conjunto deles, distribuídos em 3.093 páginas virtuais.

A maioria das fotografias foram realizadas nas sessões Plenárias do STF, nas sessões da Primeira Turma e da Segunda Turma, nas sessões extraordinárias, nas sessões solenes, nas sessões administrativas etc. Igualmente é possível identificar muitos registros fotográficos das/dos participantes das audiências públicas realizadas no STF ou em eventos externos como na Câmara dos Deputados, no CNJ, na Controladoria-Geral da União - CGU etc. (compostos majoritariamente pela Ministra ou pelo Ministro que temporariamente

¹² Sigla utilizada em língua inglesa para Frequency Modulation.

¹³ Unidade de frequência Megahertz.

¹⁴ Acrescentado pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009.

exerce a Presidência do STF).

Registros midiáticos de entrevista coletiva, de abertura de exposições (no próprio STF), de lançamento de livros, recebendo comitiva de Senadores e Senadoras, celebrando acordos de cooperação técnica, em inaugurações, em audiência com parlamentares, em café da manhã com bancada feminina do Congresso Nacional, na apresentação do balanço semestral do STF e do CNJ, na inauguração da nova livraria do Supremo, entre outros eventos.

1.6. Agenda dos Ministros

Trata-se da disponibilização virtual dos compromissos constantes nas agendas oficiais das Ministras e dos Ministros do STF, com exceção da “Agenda do Presidente” do STF, que possui uma plataforma exclusiva para essa finalidade. Nessa página é possível consultar a listagem - separada por dia e por Ministra ou por Ministro - das autoridades e advogadas e advogados recebidos em seus gabinetes ou em outros locais do Tribunal (Salão Branco, por exemplo) e o processo judicial ao qual se relacionam.

São publicadas as informações relativas às pautas de julgamento e outros assuntos oficiais, a exemplo da seção para o encerramento do ano judiciário, de solenidades diversas, além da seção plenária no Tribunal Superior Eleitoral - TSE (para as Ministras e Ministros que compõem aquele Tribunal), da vista de cortesia etc.

Com exceção do recesso forense, o conteúdo da “Agenda dos Ministros” recebe atualização diária ou no dia imediatamente anterior em que houve expediente judiciário. Ficam também disponibilizadas as agendas referentes ao dia e aos dois dias anteriores (ex. 19, 18 e 17). Cabe registrar que nem sempre todas as Ministras e todos os Ministros possuem eventos registrados e durante o recesso forense de final de ano¹⁵ não há agenda oficial, salvo para aquela ou para aquele que exerce temporariamente a Presidência do STF.

Durante a consulta realizada não foi possível localizar as agendas anteriores (além das disponibilizadas) ou os recursos disponíveis para a aplicação de filtros para pesquisar um

¹⁵ Período correspondente aos dias 20/12 do ano anterior e a 06/01 do ano seguinte, com suspensão dos prazos processuais até o dia 31/01 do ano seguinte.

período temporal específico. Isso, num primeiro momento, dificulta a função de transparência prometida pela mídia judicial.

1.7. Agenda do Presidente

Essa plataforma desempenha tarefa análoga ao item anterior, porém o layout e a interatividade com o usuário alteram significativamente. Além da agenda correspondente ao dia em que se realiza a consulta, de pronto, é possível identificar as agendas dos oito dias anteriores. Existe ainda uma janela que informa a quantidade de eventos correspondente ao dia selecionado e, no campo inferior a descrição detalhada dos eventos agendados.

Com o auxílio de barras de rolagens estão disponíveis as agendas da Presidência do STF entre os anos de 2001 e de 2020, inclusive estes, outra barra de rolagem permite consultar os meses de um ano em referência (janeiro a dezembro). Também é possível se deparar com a ausência de registrados na agenda (nenhuma agenda publicada nesta data).

O conteúdo dos registros na agenda faz referência a despachos internos, reuniões de grupos de trabalho (inclusive em locais externos ao tribunal, por exemplo, no CNJ), audiência com autoridades (no gabinete da Presidência, tanto do STF, quanto do CNJ), realização de visitas institucionais a tribunais estaduais e federais, a sessões judiciárias, dentre outros eventos.

Acrescente-se que não há registros nas agendas oficiais aos sábados domingos e feriados, bem como no período de recesso forense¹⁶ apenas os casos urgentes serão examinados pela Presidência do STF, que funciona em escala de plantão.

1.8. Artigos e discursos

Alguns dos artigos e dos discursos produzidos pelas Ministras e pelos Ministros do STF são disponibilizados nessa plataforma. Por intermédio de uma ferramenta de busca, que utiliza palavras-chave, existe a possibilidade de aplicação de filtros para a segmentação das pesquisas por meses do ano (janeiro a dezembro) ou por ano

¹⁶ Vide nota de rodapé n. 15.

de publicação (2001 a 2015, inclusive).¹⁷

Os dados coletados no sítio eletrônico são reunidos e apresentados conforme disposto na tabela 01 infra:

Tabela 01 - Quantitativo numérico dos artigos publicados e dos discursos proferidos

Ano	Registros	Ano	Registros
2001	15	2009	32
2002	15	2010	10
2003	09	2011	05
2004	09	2012	06
2005	10	2013	Não consta
2006	05	2014	Não consta
2007	02	2015	02
2008	30	-	-
Total:	150		

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos do sítio eletrônico do STF.

Esses artigos foram publicados em diversos jornais e na revista Carta Capital. Os principais jornais foram: Folha de São Paulo, Correio Brasiliense, Estado de Minas, Jornal do Brasil, A Tarde, Diário do Nordeste, O Liberal e O Globo.

Quanto aos discursos, foram proferidos em palestras e seminários promovidos pelo STF, pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST, formatura de curso de direito (paraninfo), solenidades, homenagens e comemorações diversas, aula magna, entregas e recebimentos de medalhas e prêmios, mensagens ao Congresso Nacional (abertura de sessão legislativa), universidades estrangeiras,¹⁸ recebimento de honraria,¹⁹ homenagem ao Procurador-Geral da República etc.

¹⁷ Ressalvados os anos de 2013 e 2014 que não constam registros na plataforma.

¹⁸ Nas universidades de Münster e Humboldt, na Alemanha; Georgetown e Princeton, nos Estados Unidos da América; Károli Gáspár, na Hungria; London, na Inglaterra e Pequim, na China.

¹⁹ Ministra Ellen Gracie recebeu o título de doutora honoris causa pela Academia Brasileira de Filosofia.

1.9. Entrevistas

Essa plataforma apresenta conteúdo semelhante ao item anterior, porém destinada ao registro de algumas das entrevistas concedidas pelas Ministras e Ministros do STF, por meio televisivo, radiofônico, escrito (revistas e jornais) ou virtual. Os dados coletados no sítio eletrônico são reunidos e apresentados conforme disposto na tabela 02 infra:

Tabela 02 - Quantitativo numérico das entrevistas disponíveis

Ano	Registros	Ano	Registros
2001	15	2006	01
2002	08	2007	Não consta
2003	02	2008	04
2004	01	2009	01
2005	02	2010	01
Total:	35		

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos do sítio eletrônico do STF.

Os trinta e cinco eventos registrados foram realizados pela TV Cultura (Roda Viva), TV Bandeirantes (Jornal da Noite e Canal Livre), TV Record (Passando a limpo), TV Globo (Bom Dia Brasil), TV Justiça (Jornal da Justiça), TVE (Observatório da Imprensa) e TV Gazeta (Dinheiro Vivo).

Também foram registradas entrevistas concedidas para a Rádio Globo (Jornal da CBN [Central Brasileira de Notícias]), Rádio Bandeirantes e Rádio Jovem Pan. As entrevistas escritas foram concedidas a Revista Anamatra, Revista de Seguridade Social, O Magistrado e a Revista Valor Econômico. No mesmo sentido, foram concedidas entrevistas escritas ao jornal Gazeta do Povo, O Liberal, A Tarde, Jornal do Magistrado, Jornal do Advogado, Zero Hora, Estado de São Paulo, O Povo (CE), Diário de São Paulo, Correio Braziliense e Jornal Econômico. Além disso, constam registros nos sítios eletrônicos: República, Primeira Leitura, Bate-Papo virtual e Universo On-Line.

1.10. STF no YouTube

Esse canal foi criado na Califórnia (USA), no início de 2005, com o objetivo de disponibilizar vídeos pela rede mundial de computadores, seu conteúdo interativo e instrucional apresenta diversas funcionalidades, dentre elas a institucional. O STF possui um canal oficial desde 15 de novembro de 2005. Até o momento,²⁰ foram precisamente 41.850.990 (quarenta e um milhões, oitocentas e cinquenta mil, novecentas e noventa) visualizações, além de 321.000 (trezentos e vinte e um mil) inscritos nesse canal.

Quando se acessa a aba desse canal no sítio eletrônico do STF, uma nova página virtual é aberta na *internet* (www.youtube.com/stf), isso permite acessar o conteúdo produzido e

disponibilizado nesse canal. Basicamente, são vídeos curtos (cerca de vinte e cinco minutos) e longos (cerca de duas horas e quarenta minutos), nos quais ocorre a transmissão das sessões de julgamento e a exibição de vídeo aulas (Programa Saber Direito).

Existe ainda a possibilidade de acessar conteúdos de outros canais institucionais, a exemplo do CNJ, do Superior Tribunal Militar - STM, do Tribunal de Contas da União - TCU, entre outros.

1.11 STF no Twitter

O Twitter foi criado na Califórnia (USA), em 2006. Trata-se de uma rede de relacionamento social disponibilizada pela rede mundial de computadores, que funciona mediante a criação de conta pessoal (nome de usuário e senha) e busca promover a comunicação em tempo real entre seus usuários. Com essa ferramenta virtual é possível disponibilizar textos curtos²¹ e também compartilhar vídeos e imagens, disponibiliza ainda os recursos de curtir e comentar o conteúdo disponibilizado (“*twitado*”).

O STF (@stf_oficial) possui conta ativa no Twitter desde agosto de 2009 e até o momento atual²² foram disponibilizados precisamente 1.734 (um mil setecentos e trinta e quatro) fotos e vídeos e produzidos 19.100 (dezenove mil e cem) *i*. Reúne cerca de 1.890.000 (um milhão oitocentos e noventa mil) seguidoras e seguidores. Para acessar o conteúdo publicado não é necessário possuir conta ativa

²⁰ Consulta realizada em 14/01/2020.

²¹ Até 2017 eram apenas 140 caracteres, atualmente são até 280 caracteres.

²² Consulta realizada em 14/01/2020.

na rede social, mas para comentar ou ter acesso aos comentários realizados pelas seguidoras ou pelos seguidores deve-se estar inscrito no Twitter.

Quando se acessa a aba dessa plataforma abre-se uma nova página virtual na *internet* (twitter.com/stf_oficial); de maneira semelhante ao canal no Youtube também é possível acessar o conteúdo produzido e disponibilizado na plataforma e visualizar outros usuários institucionais a exemplo do Senado Federal (@SenadoFederal), da Câmara dos Deputados (@camaradosdeputados), do Superior Tribunal de Justiça - STJ (@STJnoticias), dentre outros.

Assim, detalhado o objeto de pesquisa é possível ratificar a informação apresentada na introdução e considerar que o STF utiliza onze distintos mecanismos para a produção de sua mídia judicial. De modo expreso ou implícito tem-se que esse aparato institucional é dedicado para realizar a aproximação com a sociedade civil (transparência democrática) e interagir com as outras instituições. Para verificar a procedência dessa primeira afirmação serão desdobrados os três tópicos seguintes.

2. Distinções entre as mídias tradicionais e a judicial

Uma pergunta que certamente aparecerá, consiste em diferenciar as produções midiáticas ditas tradicionais e a mídia judicial. Para antecipar uma resposta a essa possível indagação, elencam-se alguns traços distintivos.

Sobre a rádio e a emissora de televisão, o desenho institucional definiu a competência da União para estabelecer as classificações indicativas dos programas (art. 21, XV, CRFB/88); ao Congresso Nacional, reservou a competência privativa avaliar os atos de concessão e renovação (art. 49, XII, CRFB/88); estabeleceu princípios específicos a serem atendidos (art. 221, I ao IV, CRFB/88); reservou a propriedade privada apenas para determinadas pessoas naturais e jurídicas (art. 222, caput, CRFB/88); estipulou prazo de vigência para a concessão ou a permissão (art. 223, § 5º, CRFB/88). No entanto, isso contribuiu pouco para a compreensão do fenômeno identificado.

Embora a natureza jurídica e a questão do conteúdo veiculado saltem aos olhos e se apresente como principais distinções entre a mídia tradicional e a judicial, esses aspectos não serão aprofundados

além do necessário para o entendimento da temática. Ao que tudo indica, a mídia judicial pretende fundamentar seu modelo de funcionamento pela suposta ausência de barganhas para atender preferências corporativas.

Nesse ponto, a independência judicial pretende assegurar que esse aparato não seja utilizado de forma corporativa. Dessa forma, atenderia ao sentido primário do interesse público (bem comum), resta saber se e em que medida essa força é exercida. As práticas comunicativas utilizadas nos mecanismos acima elencados conduzem à ideia de que nada mais são do que instrumentos de reforço ou canais de participação social junto ao STF.

As facilidades de acesso produzem uma sensação de liberdade que poderá não corresponder às experiências concretas. Face a amplitude dos mecanismos de mídia judicial, apresentados no tópico antecedente, pretende-se demonstrar algumas das distinções tomando por base a TV Justiça, sem dúvidas, o dispositivo midiático mais peculiar.

Para além do papel de destaque atribuído ao Judiciário, em geral, e o STF, em especial, pelos veículos tradicionais de comunicação (comerciais), o fato de parcela expressiva da população brasileira conhecer pelo menos o nome de alguma Ministra ou algum Ministro do STF, se deve provavelmente em virtude dos estímulos provocados pelo aparato de mídia judicial.

O próprio surgimento da TV Justiça ocorreu de forma bastante peculiar, trata-se de inovação acrescentada pela Lei n. 10.461, de 17 de maio de 2002,²³ com apenas dois artigos, um deles destinado a regular a vigência (na data de sua publicação). Essa Lei foi sancionada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, na época Presidente do STF, que exercia, em substituição temporária, o cargo de Presidente da República.

No outro artigo, a sobredita lei acrescentou a alínea “h”, inciso I, art. 23, Lei n. 8.977/1995, para determinar a criação de “um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça”.²⁴ Desde então, além de outras transmissões, as sessões de julgamento

²³ Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei n. 8.977, de 06 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal.

²⁴ BRASIL, 2002, n.p.

são transmitidas ao vivo pela TV Justiça (2002), pela Rádio Justiça (2004) e pelo canal do STF no YouTube (2005).

Além dessa superexposição e do aparato midiático específico o Judiciário brasileiro possui um programa diário (Notícias do Poder Judiciário), com cinco minutos de duração, dentro da programação regular da “A voz do Brasil”.²⁵ O fato de o STF ser o primeiro e único tribunal do mundo a transmitir ao vivo suas sessões de julgamento possui o condão de tornar singular uma relação que deveria ser trivial. Isso produz impacto direto na configuração das “decisões colegiadas” do STF (decisões da Primeira ou da Segunda Turma - órgãos fracionários compostos por cinco integrantes) e decisões do Tribunal Pleno (formado pela totalidade das Ministras e dos Ministros).

A experiência comparada revela a existência de televisualização apenas de parte dos julgamentos na suprema corte do Canadá e do Reino Unido. Mesmo a TV Justiça sendo um canal exclusivo para assuntos relacionados ao STF, percebe-se algum grau de influência no comportamento judicial.²⁶

Pelo menos três efeitos já foram diagnosticados: (i) tal qual os atores políticos, juízes utilizam a televisão para “maximizar sua exposição”; (ii) ocorre o “alongamento dos votos escritos”, que são lidos durante a sessão de julgamento; (iii) algumas e alguns Ministros são “engajados em longas discussões com seus pares”.²⁷

Todavia, não parece ser possível creditar tudo isso apenas na conta da TV Justiça. A pesquisa focalizada na relação entre a televisão e o comportamento judicial, apesar de constatar o aumento nos votos escritos e o acirramento dos ânimos nas sessões de julgamento, não levou em consideração as variáveis das matérias e das peculiaridades dos casos judiciais em que esses efeitos formam identificados.

Assim, embora essa consequência seja crível, não há elementos que permitam afirmar com segurança que todo voto extenso ou que qualquer tensão interna no STF seja devido ao televisualização.

²⁵ Criada em 1934, “A voz do Brasil” é um noticiário de rádio, produzido pela Empresa Brasil de Comunicação - EBC, de retransmissão obrigatória para todas as emissoras de radiodifusão brasileiras. O programa, com duração de uma hora, vai ao ar de segunda a sexta-feira, exceto feriados, entre 19h e 22h.

²⁶ LOPES, 2018, p. 50.

²⁷ LOPES, 2018, p. 43.

Parece, portanto, que a transmissão potencializa algo pré-existente.

3. Especificidades e as implicações na atuação da mídia judicial do STF

Cumpra nesse momento, demonstrar que a mídia judicial reflete a imagem de si mesma. Para tanto, serão examinadas três recentes reportagens que serão utilizadas para demonstrar empiricamente a hipótese inicialmente levantada e reforçar as inferências realizadas.

Em consulta ao sítio eletrônico do STF,²⁸ na aba “Imprensa”, “Notícias STF”, procurou-se estabelecer dentro de um único mês reportagens produzidas pela mídia judicial em que fossem capazes de estabelecer ligação entre três argumentos: (i) a interação social; (ii) a proximidade social; e (iii) a apresentação de uma demanda institucional como se fosse uma demanda social. Com isso, pretende-se demonstrar a utilização performativa da participação social veiculada pela mídia judicial. As pesquisas realizadas em setembro de 2019 aportaram os seguintes resultados:

(i) 10/09/2019 - *Supremo fortalece relações entre os Poderes e a sociedade*; (ii) 20/09/2019 - *Supremo Tribunal Federal amplia ações de aproximação com a sociedade*; (iii) 24/10/2019 - *STF aprova projeto de expansão do museu da Corte para atendimento da população*.

Pondera-se, no entanto, as contribuições oferecidas pelas audiências e os esforços institucionais para tornar a gestão do Judiciário um pouco mais transparente e democrática. Há de se reconhecer os avanços, mas, também é preciso ir além, para quem sabe, um dia, tornar os tribunais em espaços de cultura e cidadania. Enquanto isso não acontecer, tem-se que o aumento do aparato midiático judicial ao contrário de comprovar a interação com a sociedade civil serve majoritariamente para refletir a imagem de si mesmo, mediante a autoprodução midiática do STF.

A premissa da interação social é o que justifica o fortalecimento dos laços com o STF. Isso torna-se evidente pela leitura da notícia que ressalta as “cerca de 1200 audiências, 400 eventos e visitas a 60 tribunais em todas as regiões do País”²⁹ realizadas pela Presidên-

²⁸ Realizada em 14/01/2020.

²⁹ BRASIL, 2019, n.p

cia do STF no último ano.

Especificamente no período de 13/09/2018 a 05/09/2019, foram “1.159 audiências realizadas pela Presidência do STF com advogados, deputados, senadores, embaixadores e integrantes de diversas instituições”.³⁰ Ainda “foram registrados 393 eventos com organismos internacionais, órgãos do sistema judicial, entidades de classe, além dos Poderes Executivo e Legislativo”.³¹ O Ministro Dias Toffoli, atual Presidente do STF anunciou que “tem como missão visitar, até o final da gestão na Presidência, todos os ramos da Justiça, de todos os estados da Federação, e as respectivas associações, ouvindo os magistrados e a alta administração dos tribunais”.³² Propósitos semelhantes são endereçados ao parlamento brasileiro “para a elaboração de estratégias de ação conjunta”.³³

A segunda premissa exige o reforço argumentativo da participação e da interação social. Essa reportagem procura demonstrar o quanto as ações do STF estão voltadas para a sociedade civil. De setembro de 2018 a setembro de 2019, a Central do Cidadão,³⁴ órgão vinculado à Presidência do STF, realizou mais de 70 mil atendimentos, disponibilizou audiolivros e obras para download gratuito em sua livraria e investiu em acessibilidade com a tradução em linguagem brasileira de sinais nas visitas guiadas ao tribunal.³⁵

O conjunto das ações desenvolvidas pela Central do Cidadão buscam “promover aproximação da população com o tribunal”.³⁶ Entre “solicitações, manifestações, sugestões, reclamações ou críticas” a Central realizou 70,4 mil atendimentos (cartas ou formulário eletrônico), recebeu ainda 30,4 mil atendimentos telefônicos, teve 510 pedidos apresentados com base na lei de acesso à informação.³⁷

³⁰ BRASIL, 2019, n.p

³¹ BRASIL, 2019, n.p

³² BRASIL, 2019, n.p

³³ BRASIL, 2019, n.p

³⁴ Conforme informações disponíveis no sítio eletrônico do STF, a Central do Cidadão foi inaugurada em maio de 2008, com a principal função de servir de canal de comunicação direta entre o cidadão e o Tribunal, buscando modernizar, aperfeiçoar e expandir esse serviço em maio de 2010 foi criada a Central do Cidadão e Atendimento.

³⁵ BRASIL, 2019, n.p

³⁶ BRASIL, 2019, n.p.

³⁷ BRASIL, 2019, n.p.

Há registros sobre as atividades de visitação monitorada (34,8 mil pessoas), leitura do Supremo (15.835 atendimentos a visitantes na Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal) e exposições realizadas no STF.³⁸ Os números e as informações impressionam, porém, cabe questionar sobre a amplitude e o público atendido, sob pena de tentar justificar numericamente amostras estratificadas.

O terceiro e último argumento, consiste na apresentação de uma demanda institucional como uma demanda social. De acordo com os argumentos anteriores, se o STF interage e está cada vez mais próximo da sociedade civil a ampliação da infraestrutura institucional poderia ser interpretada como uma demanda social.

Por isso, recentemente, em sessão administrativa, o STF aprovou o projeto de expansão do seu museu com vistas a “ampliar o acesso da sociedade ao acervo arquitetônico, artístico e histórico do Tribunal e dar visibilidade a outras ações e exposições que contribuam para a promoção da cidadania, da justiça e da compreensão da Constituição Federal”.³⁹

O museu ocupa atualmente cerca de 159 m² do segundo andar do Edifício-Sede do STF e possui sala expositiva e espaço de guarda e conservação do acervo. “A carência de espaço físico dificulta a orgulhosa exibição da memória institucional”, afirmou o Ministro Dias Toffoli. Para tanto, o museu será readequado no local anteriormente ocupado pelo arquivo do STF, com aproximadamente 1,5 mil m².⁴⁰

O acervo histórico-cultural é formado por mobiliário e peças decorativas, estátuas e bustos de bronze, pinturas dentre outros. Os principais fundamentos destacados foram o acesso à informação e a preservação da memória institucional, não se nega o valor desse tipo de ação, mas, antes é igualmente preciso questionar a ampliação do atendimento para qual público.

Com esses três exemplos pretende-se demonstrar o quanto a sociedade civil, bastante frequente nos títulos das notícias do STF, está ausente na agenda, distante das práticas e ações institucionais. Por isso, a mídia judicial reflete mais as imagens das Ministras e dos Ministros do STF do que qualquer outra coisa. No tópico final, bus-

³⁸ BRASIL, 2019, n.p.

³⁹ BRASIL, 2019, n.p.

⁴⁰ BRASIL, 2019, n.p.

ca-se compreender se esse aparato institucional é capaz de tornar as práticas do Tribunal mais transparente.

4. Canais para a potencialização (ou não) da transparência democrática do tribunal

A identificação e a descrição da mídia judicial não fornecem uma explicação suficiente para a questão da transparência democrática. Seria, contudo, infundado supor que toda essa exposição somente acarretasse consequências negativas; mas também não parece ser possível afirmar um elevado nível de interação entre a sociedade civil e o STF.

Na sequência, são realizadas considerações críticas sobre a apropriação performativa da mídia judicial. Em diálogo com essas categorias, lançar alguns desafios para as escolhas públicas realizadas pelas instituições judiciais e colocar sob suspeita as formas institucionais de relacionamento entre o Judiciário e a sociedade civil.

Ao que tudo indica, existe um superdimensionamento ou uma leitura bastante otimista que pretende fazer crer que a “sociedade brasileira” está sendo ouvida e contemplada em seus

anseios pelas medidas institucionais adotadas. Isso não é inteiramente equivocado, mas, também não corresponde integralmente à experiência identificada.

A maciça produção midiática do STF não traduz os critérios elegidos para a escolha do conteúdo veiculado, menos ainda, está sujeita a qualquer forma de controle social (por parte da audiência), pelo menos nos moldes que deveria desenvolver nos veículos midiáticos tradicionais.

Essa gestão institucional da pauta de mídia condiz com o estado de coisas retratado no tópico antecedente. Na mesma linha, essas fragilidades dificultam ou impedem o exercício da pressão social, na defesa de seus legítimos interesses, exercida sobre o poder público; mesmo porque o perfil da audiência padrão da mídia judicial, provavelmente, é formado por aquelas ou aqueles cuja imagem é refletida ou por telespectadoras e telespectadores passivos. Ou ainda pela combinação entre ambas.

Esses indicadores contribuem para a instauração de uma determinada imagem do mundo que pode ou não corresponder a

representação ou a aproximação do real. Reconhecer as potencialidades desse sistema implica ultrapassar o lugar comum de que a mídia seria uma instância separada do ato de julgar.

Diretrizes que presidem a ideia de transparência democrática trazem consigo as dimensões de voz, voto e veto. Não há tempo para trabalhar com essas variáveis aqui. Há tempos, a participação do Judiciário na mídia deixou de ser um acontecimento casual e assumiu o caráter prioritário.

O ganho qualitativo produzido pela mídia judicial, não destinados para setores específicos da sociedade, remete ao nível de informação pública de qualidade para orientar a tomada de decisão. As restrições enfrentadas por esse processo permitem compreender as limitações dessa proposta.

As semânticas de performatividade midiática foi capaz de motivar que Ministras e Ministros do STF produzissem votos mais longos⁴¹ e a recorrente manifestação sobre questões transversais (obiter dictum) durante as sessões de julgamento. A mídia judicial não é capaz de (im)pressionar o público-jurisdicionado no sentido de contribuir para uma gestão democrática do aparato estatal de justiça institucionalizada.

Percebe-se, portanto, a ausência de autoridade compartilhada sobre os assuntos ligados ao Judiciário; de outra sorte, a divulgação de suas “manchetes” segundo suas próprias diretrizes. Ante a impossibilidade de veicular as contraversões nos canais institucionais tem-se a prevalência da autoprodução midiática ou, por outras palavras, a imagem de si mesmo.

Considerações Finais

É chegada a hora da “prestação de contas”. Em conformidade com matérias consultados, buscou-se articular aspectos ainda pouco trabalhados para tentar explicar as relações entre a mídia e o Judiciário. A contribuição nessa área foi no sentido de identificar e descrever o fenômeno da mídia judicial, no caso brasileiro os primeiros registros datam dos idos de 2002 com a criação da peculiar TV Justiça.

Da mesma forma, em 2004 a Rádio Justiça entrou em ope-

⁴¹ LOPES, 2018.

ração e juntas ocupam posição no terreno da mídia tradicional. De lá para cá, muita coisa se alterou. Entraram em cena mais nove plataformas para disponibilizar o conteúdo midiático produzido. Esse aumento, no entanto, não possui ligação direta com o dever estatal de publicidade dos atos processuais ou da administração pública, previstos na Constituição da República de 1988.

Atualmente, o grosso do material disponível é composto por materiais gráficos e fotográficos, produzido nas seções plenárias. E, em certas ocasiões, constitui material midiático bastante eloquente apto a desenvolver o marketing institucional. Para arrematar, não se sustenta um

paralelismo simples e direto entre o aumento da produção e da divulgação midiática, por diversas plataformas, e o acréscimo qualitativo da ideia de democracia na gestão da justiça institucionalizada brasileira. Tem-se, portanto, que o aparato institucional movimentado não é capaz de tornar o STF mais transparente, ao contrário, atua majoritariamente para ressaltar o aspecto político do Judiciário, traduzido pela autoprodução midiática do Tribunal.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Supremo Tribunal Federal [Secretaria de documentação], 2018.

BRASIL. Lei n. 10.461, de 17 de maio de 2002. Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei no 8.977, de 06 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília: 20 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Central do cidadão. Brasília: 20 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF aprova projeto de expansão do museu da Corte para atendimento da população. Brasília: 24 de setembro de 2019. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo fortalece relações entre os Poderes e a sociedade. Brasília: 10 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal amplia ações de aproximação com a sociedade. Brasília: 20 de setembro de 2019. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TV Justiça. Brasília: 06 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 101, Aug. 2004, p. 2.595- 2.632.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Farrar: New York, 2009.

IANNI, Octaviano. Enigmas da modernidade-mundo. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LOPES, Felipe de Mendonça. Independência do Judiciário: mensurando o viés político das cortes brasileiras. 2013. 56 f. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Economia de São Paulo. São Paulo, 2013.

LOPES, Felipe de Mendonça. Television and judicial behavior: lessons from the Brazilian Supreme Court. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 09, n. 01, jan./abr. 2018, p. 41- 71.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, 2017, p. 402-423.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Amici curiae e legitimidade: sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. 2018. 162 f. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade Federal de Uberlândia - UFU, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Programa de Pós-Graduação em Direito. Uberlândia, 2018.

VERMEULE, Adrian. *The system of the constitution*. New York: Oxford University Press, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião

pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, 2017, p. 402-423.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. *Amici curiae e legitimidade: sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro*. 2018. 162 f. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade Federal de Uberlândia - UFU, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Programa de Pós-Graduação em Direito. Uberlândia, 2018.

VERMEULE, Adrian. *The system of the constitution*. New York: Oxford University Press, 2011.

Judicialização da saúde: acesso à justiça como instrumento de efetivação de Direito Social Fundamental.

Fernanda Moi¹

Millena Amaral de Alencar Castro²

Ramon de Oliveira Silva³

Resumo: O presente artigo busca identificar os parâmetros e diretrizes para guiar a atuação do Poder Judiciário na efetivação do Direito Social e Fundamental à saúde, através da concessão de medicamento e tratamentos de saúde. Para tal, traz esclarecimentos sobre a positivação do regime constitucional do direito à saúde e, a partir de uma crítica aos principais empecilhos apontados pela doutrina e jurisprudência, afirma a legitimidade da atuação do Judiciário, a fim de controlar o Sistema de Freios e Contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, seja por omissão ou ação. Ao final, aponta as diretrizes consolidadas pelos Tribunais Superiores, buscando contribuições à solução da controvérsia constitucional que envolve, de um lado, a proteção do Direito Fundamental à saúde e, de outro, a limitação orçamentária do Estado para o estabelecimento das políticas públicas de saúde.

Abstract: This article seeks to identify the parameters and guidelines to guide the performance of the Judiciary in the realization of the social and fundamental right to health, through the granting of medicines and health treatments. To this end, it brings clarifications on the positivization of the constitutional regime of the right to health and, based on a criticism of the main obstacles point-

¹ Mestre em Direito. Doutora em História. Professora da PUC-GO e da UFG. Advogada.

² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC). E-mail: millenacastro.jus@gmail.com

³ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC). E-mail: ramonos_@outlook.com

ed out by the doctrine and jurisprudence, affirms the legitimacy of the Judiciary's action, in order to control the Brakes and Counterweights System of the Executive and Legislative Powers, whether by default or action. In the end, he points out the guidelines consolidated by the Superior Courts, seeking contributions to the solution of the constitutional controversy that involves, on the one hand, the protection of the fundamental right to health and, on the other, the budgetary limitation of the State for the establishment of public health policies.

Palavras-chaves: Direito à Saúde. Judicialização. Legitimidade. Princípios. Parâmetros para a atuação do Poder Judiciário.

Introdução

A fim de fundamentar a análise acerca do impacto da intervenção judicial no Direito Social à saúde, pretende-se, com o presente ensaio, buscar o significado de saúde no ordenamento jurídico brasileiro, sua positivação à luz da Constituição Federal de 1988, os princípios constitucionais, assim como sua aplicabilidade e eficácia entre os direitos fundamentais. Parte-se da relevância do fenômeno da judicialização da saúde para o debate jurídico em virtude da controvérsia da doutrina quanto ao controle judicial de políticas públicas e bem como ao problema do ativismo judicial quando se torna uma forma de “satisfação em massa” dos direitos sociais.

Desse modo, é demonstrado que, nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou verdadeiramente força normativa e efetividade. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, por mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse sentido, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em específico, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica⁴.

Muito mais que a típica função jurisdicional, o Poder Judiciário possui, hoje, o dever-agir como agente político por meio de decisões estruturantes que viabilizem as políticas públicas cujo

⁴ BARROSO, 2008, p.03.

escopo seja concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição da República (1988), ou a ela vinculados e estabelecidos em legislações infraconstitucionais. Assim, tais manifestações judiciais na solução de conflitos envolvendo prerrogativas básicas de interesse comum recebem a nomenclatura de decisões estruturantes, porque formularam linhas gerais para implementação de políticas públicas já previamente formuladas por meio da construção de uma agenda social democrática, a qual, porventura, venha a ser desrespeitada pelo Estado na sua relação com os seus cidadãos⁵.

Nessa intelecção, o presente estudo visa esclarecer e analisar a importância da atuação do Poder Judiciário como instrumento de proteção e garantia do Direito Social e Fundamental à saúde, sob uma reflexão da Carta Magna de 1988, observado os princípios e limites constitucionais, associados às problemáticas do Brasil hodierno. Com vistas a atingir esse objetivo, se faz necessária uma pesquisa bibliográfica na doutrina e empírica de jurisprudência, por meio da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, pela qual se assumiu a linha metodológica de sentido jurisprudencial estabelecendo uma relação entre o ordenamento jurídico pátrio e o problema, ora objeto de estudo, fazendo uma complementação com base no juízo jurídico sobre os fatos constatados.

A formação desse juízo jurídico se deu por meio de um raciocínio hipotético-dedutivo em que se buscou o conhecimento prévio sobre a judicialização da saúde, sobreveio conflito nas expectativas fundadas nesses conhecimentos, o que ocorreu um estudo sobre a evolução das ações judiciais motivadas por questionamentos no segmento de saúde e uma análise do conteúdo decisório dos julgados com relação à Lei nº 8.080/1990, aos princípios constitucionais da separação dos poderes e da reserva do possível, oportunidade em que foi proposta como solução a releitura do acesso à justiça, de acordo com o Estado Democrático de Direito.

O texto percorre o caminho metodológico da descrição teórica do que são os direitos fundamentais, sua linha evolutiva do histórico constitucional brasileiro, a positivação do Direito Fundamental e Social à saúde, bem como os conceitos constitucionais atinentes à separação dos três Poderes, reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e Estado Democrático de Direito.

⁵ DALLA, 2014, p. 229 -258.

Recorre também, à exemplificação por meio de casos concretos que permitem vislumbrar como as propostas teóricas da legislação e à escassez de recursos públicos atingem a realidade e o cotidiano dos brasileiros, comprovando, dessa maneira, a concreta necessidade de efetivação da pauta de demandas por meio da judicialização.

Nesse cenário, destaca-se a atuação do Judiciário na efetivação do Direito Fundamental social à saúde, o qual, o juiz deve decidir entre a vinculação de parcela do orçamento público para a garantia de vida e saúde de uns ou a vinculação destes mesmos recursos para garantia de outros direitos da mesma natureza da coletividade como um todo⁶. É possível constatar que estamos diante de uma possível colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e a à saúde e, de outro, o princípio da separação de Poderes, os princípios orçamentários e da reserva do possível. Entretanto, o que está em jogo, na complexa ponderação analisada é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Isso porque, as prestações estatais positivas na área de saúde pública demandam um grande dispêndio de recursos públicos, de forma que nem sempre todos os interesses poderão ser elevados à condição de direitos exigíveis⁷.

Portanto, a intervenção do Judiciário visa realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. Contudo, o sistema apresenta problemas devido à ausência de diretrizes e critérios, proliferando-se decisões emocionais, que condenam a Administração Pública ao pagamento de tratamentos inacessíveis e onerosos, destituídos de essencialidade e ao fornecimento de medicamentos de eficácia duvidosa, levando a imprevisibilidade da prestação jurisdicional e colocando em risco a própria continuidade das políticas de saúde, pela alocação irracional dos recursos.

Assim, diante dessas reflexões, os tribunais superiores vêm buscando contribuições à solução dessa controvérsia constitucional que envolve, de um lado, a proteção de interesse subjetivo relativo ao Direito Fundamental à saúde e, do outro, a limitação orçamentária do Estado para o estabelecimento das políticas públicas de saúde. Dessa forma, é necessário a elaboração de critérios que justifiquem a atuação judicial no campo das prestações de saúde, visto que o Ju-

⁶BARROSO, 2008, p.25.

⁷GOUVÊA, 2003, p. 15.

diciário não pode deixar de tutelar direitos fundamentais, mas também não deve a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros⁸.

Diante do exposto, o presente artigo visa, em um cenário de necessidade de concretização do Direito Fundamental à saúde e de escassez de recursos públicos, estabelecer diretrizes para a atuação do Judiciário como instrumento de efetivação desse direito.

1. A positivação do direito à saúde na constituição de 1988

É cediço que o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. Outrossim, a busca pelo atendimento às demandas sociais e garantia dos direitos fundamentais tem sido destaque nas sociedades modernas, visando garantir a manutenção do regime democrático.

Dentro da ideia de força normativa defendida por Konrad Hesse⁹ não pairam dúvidas sobre o alto grau de importância que a normatividade constitucional assume nesse novo cenário da Ciência do Direito. Com a força normativa atribuída às Constituições as normas radicadas no seu texto abandonam, pois, seu caráter essencialmente político – “de uma Carta de intenções” – para alçar um status de norma jurídica, dotadas da imperatividade e atributividade que lhes é imanente. Assim, consigna-se que a nova concepção de norma constitucional resulta no dever de que os valores e fins consagrados pelo legislador constituinte sejam efetivamente realizados.

Nessa linha de raciocínio, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da imperatividade, o qual, caso sejam violadas, tanto o sistema constitucional quanto o infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetado e, assim, a restauração da ordem jurídica.

Segundo os ensinamentos do autor Luís Roberto Barroso, no Brasil, a força normativa da Carta Magna se desenvolveu no âmbito do movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade, que além de elaborar as categorias dogmá-

⁸ BARROSO, 2008, p. 04.

⁹ HESSE, 1991.

ticas da normatividade constitucional, buscou solucionar algumas disfunções da formação nacional, que se concretizava na utilização da Constituição como uma carta ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe o cumprimento¹⁰. As Constituições anteriores passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Em uma análise mais aprofundada sobre o tema, denota-se que o insigne filósofo Norberto Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos”¹¹ entende que a principal questão não é de discutir as declarações dos direitos, mas sim sua efetivação. Além disso, Bobbio fundamenta que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são universalmente respeitados a partir do momento em que seus fundamentos são reconhecidos universalmente e dispõe que a celeuma dos direitos do homem não é mais o de fundamentá-lo, mas sim o de garanti-los e protegê-los.

A Constituição de 1988 trouxe aos Direitos Fundamentais Sociais um caráter normativo e sua aplicabilidade imediata, afirmando a concretização do artigo 196 da Carta Magna, em sua dimensão positiva, como reconhecimento do direito à saúde como direito a prestações materiais¹¹. Ainda, a Constituição da República reconheceu em seu artigo 6º a saúde como Direito Social e a inscreveu no rol de um conjunto de ações de iniciativa da sociedade e dos poderes públicos que visam assegurar a nova ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça social¹².

Outrossim, a saúde é um Direito Fundamental social, sobressaindo-se seu caráter prestacional, com a exigência de uma conduta positiva do Estado, consistente em uma prestação de natureza fática, encontrando-se vinculada as tarefas de melhoria e redistribuição de recursos existentes. Contudo, a eficácia de cada Direito Fundamental prestacional depende de sua forma de positivação no texto constitucional e de suas peculiaridades, destacando-se o problema da dependência da concretização legislativa de tais direitos,

10 BARROSO, 2008, p. 05.

11 BOBBIO, 1986.

12 LIMA, 2006, p. 123.

13 BAPTISTA, MACHADO e LIMA, 2009, 830.

os quais dependem das circunstâncias de natureza socioeconômica para serem efetivados e, por isso tendem a ser positivados de forma vaga e aberta¹³.

Em uma análise profunda ao artigo 196 da Carta Magna, observa-se que a seletividade e distributividade na prestação dos serviços essenciais à saúde ensejaram a proteção social de todas as pessoas, ainda que não contribuintes, passando esse direito a comportar duas vertentes: a primeira que corresponde aos programas sociais e econômicos que visam à melhora na qualidade de vida, propiciando além das prestações de serviços assistenciais, o bem-estar individual, social, afetivo, familiar e psicológico e a segunda vertente que obriga o Estado a manter as ações e os serviços públicos de saúde, preventivos, curativos, mediante uma rede de serviços. Dessa forma, assumiu-se na nova ordem constitucional o dever do Estado em garantir esse direito, através da formulação de políticas econômicas e sociais, realizando serviços de proteção, prevenção e recuperação¹⁴.

Muitos direitos sociais encontram dificuldade de superação do caráter abstrato e incompleto das normas que os definem, ainda concebidas como programáticas, e acabam sendo impedidos de se realizarem na prática. Especificamente no caso do Direito Social à saúde, observa-se no fundamento do artigo 196 uma norma programática e afirma que o dever do Estado deduzido no dispositivo, não impõe propriamente uma determinada obrigação jurídica, embora traduza um princípio e uma finalidade que requerem uma política estatal pertinente à satisfação dos fins indicados na Constituição¹⁵. Em outra inteligência, o constitucionalista Luís Roberto Barroso ao escrever a obra *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas no auge do processo de redemocratização do Brasil, na década de 1980*, apresenta uma proposta além dos resultados alcançados por José Afonso da Silva no que diz respeito à força normativa da Constituição, inclusive quanto às normas de caráter programático. Sua preocupação voltava-se para o cumprimento dos fundamentos constitucionais, com a realização prática dos seus comandos, ou seja, com a sua efetividade. O objetivo maior era introduzir de forma radical a juridicidade no direito constitucional brasileiro e substituir

13 SARLET, 2011, 280-290.

14 SANTOS e ANDRADE, 2009, p. 783.

15 SILVA, 2009, p.165.

a linguagem retórica por um discurso substantivo, objetivo, comprometido com a realização dos valores e dos direitos contemplados na Carta Magna¹⁶.

Todavia, em que pese as severas críticas acerca da interferência do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, sob o argumento de ofensa ao princípio da separação dos poderes e da usurpação de competência, faz-se necessário o cumprimento das garantias sociais, levando-se em conta o princípio basilar do ordenamento jurídico, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, visando proteger o indivíduo de qualquer omissão estatal. Neste sentido, diante da necessidade de prestações positivas do Estado e, verificando-se a escassez de recursos públicos, surge o debate acerca de como priorizar a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais.

2. A Judicialização do direito fundamental social à saúde no Brasil

A trajetória do modelo de saúde pública no Brasil teve início com a vinda da Corte portuguesa ao Brasil no século XIX, quando passaram a realizar ações de combate à lepra e à peste, consequentemente ter certo controle sanitário. Entretanto, somente o período entre os anos de 1870 e 1930 que o Estado brasileiro passou a praticar medidas com maior efetividade na área da saúde, especialmente, no período a utilização da força policial e da autoridade ficou conhecido como o modelo “campanhista”, no qual, foi capaz de alcançar relevantes resultados no controle de doenças epidêmicas, notadamente, a erradicação da febre amarela na cidade do Rio de Janeiro¹⁷.

A partir de 1930 houve uma estruturação básica do sistema público de saúde, que passou a existir ações curativas, inclusive, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e, ainda, os Institutos de Previdência, conhecidos como IAPs – Institutos de Aposentadoria e Pensões, que ofereciam serviços de saúde curativa, sendo que alguns possuíam hospitais próprios, todavia, limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. Assim, a saúde pública não era universalizada, restringindo-se a beneficiar os traba-

¹⁶ BARROSO, 2009, p. 13.

¹⁷ *Ibidem*.

lhadores que contribuíam para os institutos de previdência¹⁸.

Ao longo do regime militar, os Institutos de Aposentadoria e Pensão – IAPs foram unificados com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS. Vinculados ao INPS, foi instituído o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendências dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Neste sentido, todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do sistema, tendo como direito o atendimento na rede pública de saúde. Todavia, parte dos brasileiros que não integrava no grupo de trabalhadores formais, eram excluídos deste direito, dependendo, ainda, da caridade pública. Assim inexistia uma concepção de saúde ligada tanto ao conceito de “qualidade de vida” quanto à proteção da dignidade da pessoa humana, haja vista que as ações do Estado eram restritas a atuação na esfera de proteção geral, fora do aspecto promocional da saúde¹⁹.

Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde e os brasileiros passaram a clamar pelo acesso igualitário às ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Ao certo, a partir da Carta Magna de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal, mas sim, universalizada a todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passando todos a serem titulares do direito à saúde²⁰.

Logo após a entrada em vigor da Constituição de 1988, em setembro de 1990 foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/1990, no qual, foi estabelecido a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e funcionamento, fixando, ainda, suas atribuições e estabelecendo os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentro os quais, destaca-se o da universalidade, por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis. O SUS se consolidou com o propósito de reorganizar as ações do Estado no Brasil, com a formação de uma rede de serviços hierarquizada e regionalizada que envolve a ação da Administração Pública de todos os entes federati-

18 Ibidem.

19 PIVETTA, 2014, p. 119.

20 BARROSO, 2009, p. 14.

vos, integrando hospitais, centros de atendimento médico de saúde, postos de assistência médica em um único sistema, conceitualmente e operacionalmente unificado.

A consagração constitucional do Direito Fundamental Social à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, certamente pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Antes de 1988, a proteção à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” – Constituição de 1824, ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência – Constituição de 1934²¹.

Destarte, hodiernamente, para a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente, o Direito Social à saúde, é imprescindível a sua convivência com preceitos doutrinários de base pós-positivista, que levam em conta a colisão entre normas, notadamente as que abrigam princípios e direitos constitucionais, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, observando, sempre, o mínimo existencial e o princípio da dignidade humana. Todavia, em uma análise mais profunda sobre o tema, denota-se que a celeuma dos direitos do homem não é mais o de fundamentá-lo, mas sim o de garanti-los e protege-los, conseqüentemente, a principal questão não é se discutir as declarações dos direitos, mas sim sua efetivação. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são universalmente respeitados a partir do momento em que seus fundamentos são reconhecidos universalmente²².

Por conseguinte, Bobbio ao resgatar as raízes históricas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, evidenciando seu reflexo nas constituições dos Estados e os problemas políticos e sociais, remete a três estratégias para fundamentar valores: “(i) a estratégia absoluta: consiste em deduzir o fundamento de um elemento conceitual estável, universal, inegável e independente da vontade dos homens, como, por exemplo, “a natureza humana”; (ii) a estratégia da evidência: concentra-se em apresentar sistematicamente dados auto-evidentes numa formulação clara, dotada de forte apelo à concordância; e, por fim, (iii) a estratégia consensual: baseia-se

21 SARLET, 2008, p. 127.

22 BOBBIO, 1986.

na concordância historicamente dada em torno de um valor, “o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito”²³.

O Brasil, nos últimos anos tem passado pela experiência de transferência de parte do poder político para o Judiciário. Em outras palavras, com a adoção de uma Constituição democrática, que traz aos direitos fundamentais a proteção contra as maiorias parlamentares, surge novo modelo de interpretar e aplicar o direito, implicando em uma preponderância do Poder Judiciário nas decisões políticas do Estado, provocando uma redefinição dos papéis e limites dos demais poderes. Tal fenômeno é denominado como judicialização da política e significa a transferência das decisões do plano do executivo ou legislativo e de grande importância para os tribunais²⁴.

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. Nas últimas décadas, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. O Judiciário como um todo, na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidados²⁵.

Logo, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo – cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Assim, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade²⁶.

Na área da saúde, os argumentos contrários à efetivação deste direito pelo Poder Judiciário não possuem sustentação quando está em jogo a preservação do bem jurídico maior que é a vida humana, destacando que o texto constitucional de 1988 reservou prioridade e proteção absoluta ao direito à vida, dever este que não pode

23 BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 59-60.

24 BARROSO, 2008.

25 BARROSO, 2008, p.01.

26 BARROSO, 2008, p. 03.

ser lido separadamente do direito à saúde. Com base nos fundamentos de Robert Alexy, o autor Sarlet define que o parâmetro para a efetivação do Direito Social Fundamental à saúde diretamente da Carta Magna é a ideia de um padrão mínimo de segurança, que jamais poderá afetar de forma substancial outros princípios constitucionais relevantes. Todavia, a presunção de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais assim como a necessidade de sua maximização pelo Poder Público, o constitucionalista revela que com a ausência de recursos públicos só poderia justificar a omissão do Estado se este comprovasse, em confronto com demandas específicas na área da saúde, a necessidade de priorizar outras demandas vinculadas ao mínimo existencial²⁷.

Nesse sentido, a configuração do direito como público subjetivo assinala sua justiciabilidade, ou seja, a possibilidade de o titular do direito à saúde ingressar em juízo, reclamando o cumprimento do direito, ou a satisfação de alguma pretensão a ele correspondente. À medida que os indivíduos se conscientizam da existência de tais obrigações prestacionais do Estado, passam a exigí-los mais e mais do Poder Executivo. Todavia, os recursos financeiros são limitados e insuficientes para atender a todos. Assim, esse confronto gera frustração social, enfraquecendo o sistema como um todo. Com isso, a atuação do Poder Judiciário passou a destacar-se entre os Poderes, pois foi chamado a dar respostas imediatas diante das pretensões sociais não cumpridas pelo Estado.

Ressalta-se que o acesso à saúde, inscrito no rol dos direitos fundamentais constitucionais, ainda clama por efetividade, o qual, só será alcançada quando os cidadãos tiverem consciência de seus direitos e puderem contar com o Judiciário aberto a demandas emergentes, cada vez mais complexas, reflexo das contradições que permeiam a sociedade. Todavia, quando o Poder Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos de um processo judicial²⁸.

27 BARROSO, 2008, p.27.

28 Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. "Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>

29 LEAL, 2008, p. 53.

3. A intervenção do Poder Judiciário: Limites e possibilidades na concretização do direito à saúde

Inicialmente, verifica-se que a judicialização da saúde cresceu 130% nos anos compreendidos entre 2008 e 2017, conforme revela a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”²⁹.

O estudo, elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostra o aumento significativo no número de demandas judiciais relativas às prestações de serviços de saúde, registrando cerca de 498,7 mil processos de primeira instância e 277,4 mil na segunda instância ao longo do período analisado.

Nesse mesmo contexto, constata-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil com o ajuizamento de ações que envolvem questões de saúde. Assim, é possível concluir que a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Nesse cenário, na efetivação do direito à saúde pública é necessário que se visualize a demanda social e universal existente e não somente a situação submetida à avaliação jurisdicional. Isso porque, atendendo-se somente aqueles que procuram ao poder público corre-se o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento daqueles que ainda não procuraram o socorro público, por exemplo, por falta de recursos para fazê-lo³⁰. Na área da política de saúde, a judicialização envolve a garantia de acesso à bens e serviços por meio de ações judiciais. Todavia, com o aumento dessas ações surgem diversas questões a serem resolvidas tanto em relação à previsão orçamentária dos gastos por elas acarretados como em relação às desigualdades por elas provocadas, tendo em vista que muitas ordens judiciais acabam ferindo o conceito de igualdade de condições nos serviços de saúde, por garantir a poucos indivíduos certos serviços que não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, beneficiando-os e rompendo com a equidade, princípio básico do SUS.

De início, cumpre frisar que o Judiciário tem sofrido severas críticas no sentido de que não possui competência para tratar

de questões políticas por não ser eleito pelo povo e não ter legitimidade democrática para isso²⁹. A atuação do judiciário usurpava competência dos demais poderes, devendo o mesmo apenas aplicar as normas legais que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser efetivados pelo Estado, não cabendo a ele a execução de políticas públicas³⁰.

A separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Incorporada ao constitucionalismo através do Capítulo VI, do livro “O Espírito das Leis”, de Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, a teoria da separação de poderes, foi concebida a priori para assegurar a liberdade da vida social e surge em contraposição ao absolutismo, trazendo como inovação um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Entretanto, a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado, o qual, passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais³¹. O constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais e a democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Todavia, essa objeção não leva em conta ao princípio da separação de poderes adotadas no Brasil, em que não há uma atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional. Isso porque, no Brasil foi adotado o modelo de sistema de freios e contrapesos, com implicações e limitações entre os poderes e com a possibilidade de um poder exercer uma função que tipicamente pertencia a outro. Nesse sentido, não é possível apenas pela referência a separação de poderes deslegitimar a garantia do direito à saúde pelo Judiciário, podendo apenas se discutir a colocação de limites a sua interferência³².

Conforme Gandini³³, cabe ao Poder Judiciário controlar o sistema de freios e contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, seja por omissão ou ação. A implementação de políticas públicas por

29 BARBOZA E KOZICKI, 2012, p. 64.

30 SOUZA NETO, 2010, p. 520

31 DALLARI, 2005, p. 221.

32 SOUZA NETO, 2010, p. 520-521.

33 GANDINI, 2010, p. 76-77.

determinação do Judiciário não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é importante reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. Destarte, no sistema de “freios e contrapesos”, é cabível ao Judiciário controlar os abusos – seja por ação ou por omissão – dos demais poderes no exercício de suas competências.

Uma segunda crítica à judicialização da saúde é a chamada teoria da reserva do possível. Em uma Constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, com meras proposições programáticas³⁴. A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. Significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos³⁵.

Conforme afirma Mânica³⁶, a teoria da reserva do possível não se refere diretamente e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do Direito Social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Contudo, atualmente, alguns juristas têm utilizado a teoria para afastar a intervenção do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais apenas quando há a comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes bem como tem entendido como descabido a alegação de impossibilidade jurídica, pela ausência de previsão orçamentária, para a efetivação de direitos sociais fundamentais. Assim sendo, na aplicação da teoria da reserva do possível deve se

34 ALEXY, 2011, p. 69.

35 BARCELLOS, 2010, p.261-262.

36 MÂNICA, 2011, p. 13.

considerar que o custo de um Direito Fundamental deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens, mas não pode servir como barreira intransponível para sua efetivação³⁷.

Em outra vertente, outros juristas defendem que a escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da reserva do possível.

Todavia, tal premissa não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.

Outra crítica frequente é a atuação judiciária na concretização do direito à saúde, desorganiza a administração pública. Isso porque, tais decisões judiciais privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficácia administrativa no atendimento ao cidadão. Assim, é necessário aprofundar o diálogo institucional, devendo os juízes considerar as implicações práticas de suas decisões para o andamento regular da gestão pública³⁸.

Ao certo, o Judiciário ao exercer a função corretiva, suprimindo as falhas e omissões dos outros poderes, nas demandas relativas às prestações de serviços à saúde, tem se deparado com dificuldades como a ausência de conhecimentos técnicos da área da medicina e com relação à política pública existente e falta de tempo para analisar adequadamente as demandas devido à urgência.

Com o objetivo de suprir esses problemas, o Conselho Nacional de Justiça instituiu o projeto de criação de novas práticas para prevenir problemas de efetivação da saúde com maior resolutividade possível por meio do diálogo permanente entre atores políticos e jurídicos.

Assim, houve a criação do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário -NAT-JUS, a fim de auxiliar os magistrados na tomada de decisões, e o estabelecimento de canais alternativos para atendimento das demandas, sejam procedimentos administrativos

37 *Ibidem*.

38 SOUZA NETO, 2010, p. 528-529.

ou mediações, fornecendo, ainda, pareceres e respostas técnicas com fundamentos científicos que auxiliam na decisão de ações, como pedidos de procedimentos médicos ou fornecimento de remédios. Portanto, por meio desse “convênio” o Poder Judiciário consegue dialogar com o Poder Executivo e não só buscar informações para melhorar fundamentar as suas decisões, mas também auxiliar na melhoria dos serviços públicos prestados.

Diante desse quadro, como o direito a prestações de saúde envolve princípios e direitos fundamentais, cláusulas gerais que comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e que podem entrar em rota de colisão entre si, a extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza deve ter como cenário as hipóteses de omissão dos poderes públicos, de ação que contravenha a Constituição ou de não atendimento do mínimo existencial. Fora destas hipóteses a atividade judicial deve ser moderada e deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas.

Nesse sentido, caberá ao Poder Judiciário agir para concretização do direito a prestações de saúde quando não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição Federal, ou quando havendo legislação e atos administrativos, esses não são devidamente cumpridos³⁹.

Conforme visto, o Judiciário passou a ser um importante mecanismo para proteger e garantir os direitos de minorias e de desfavorecidos, exercendo um papel contra-majoritário, fornecendo respostas aos fundamentos constitucionais dos direitos fundamentais individuais frente ao caráter plural da sociedade e da vontade da maioria que nesta se insere.

Assim sendo, resta cristalino que a normatividade e a efetividade das normas constitucionais propiciaram uma virada jurisprudencial, permitindo ao Judiciário intervir em situações envolvendo o direito à saúde⁴⁰.

39 BARROSO, 2008, p.21-22.

40 *Ibidem*.

4. Análises dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre matéria de saúde

Inicialmente, para a compreensão do controle judicial do direito à saúde, é necessário ressaltar que os tribunais superiores vêm buscando contribuições à solução dessa controvérsia constitucional que envolve, de um lado, a proteção de interesse subjetivo relativo ao Direito Fundamental à saúde e, do outro, a limitação orçamentária do Estado para o estabelecimento das políticas públicas de saúde.

Nessa intelecção, na tentativa de conciliar decisões e visando buscar um entendimento unânime sobre esta controvérsia, através de determinados parâmetros o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça em sede de repercussões gerais, consolidaram teses por meio de Temas que são imprescindíveis de serem pontuados.

No tocante às decisões analisadas, o Superior Tribunal de Justiça buscando consolidar um entendimento unânime sobre a questão do fornecimento de medicamento não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde, no julgamento do Recurso Especial 1657156 (TEMA – 106), determinou que a concessão dos medicamentos não incorporados em lista de fornecimento gratuito pelo SUS exige a presença cumulativa de três requisitos.

O primeiro requisito consiste na demonstração da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento no tratamento, por meio de laudo médico circunstanciado e fundamentado, devidamente expedido por médico que assiste o paciente da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS. O segundo requisito consiste na devida comprovação da hipossuficiência daquele que requer o medicamento, ou seja, que a sua aquisição implique o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar. Por fim, o terceiro requisito a ser considerado é que o medicamento pretendido já tenha sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Esta exigência decorre de imposição legal, tendo em vista o disposto no artigo 19-T, inciso II, da Lei n. 8.080/1991.

Em outra vertente, quanto aos medicamentos que ainda não são registrados na ANVISA, o Supremo Tribunal Federal no julga-

mento do Recurso Extraordinário 657718/MG (TEMA – 500), fixou o entendimento no sentido de que partindo do pressuposto de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o registro de medicamento, no prazo estipulado pela Lei nº 13.411/2016, é possível excepcionalmente, a concessão judicial de fármaco sem registro sanitário, quando preenchido determinados requisitos.

Primeiramente, o primeiro requisito específico trata-se de medicamento ter sido submetido a registro no Brasil. Em regra, para que o Poder Judiciário conceda um medicamento ainda não registrado na ANVISA, é necessário que o fabricante deste medicamento já tenha, pelo menos, solicitado esse registro. Em exceção, no caso de medicamentos órgãos para doenças raras e ultrarraras, será possível conceder este fármaco mesmo que o laboratório ainda não tenha pedido o registro na Agência.

O segundo requisito específico é a existência de registro do medicamento em alguma renomada agência que faça regulação de medicamentos no exterior e trata-se de uma segurança para a saúde da população brasileira, visto que há uma garantia mínima de que aquele determinado medicamento já foi estudado e avaliado de forma séria e criteriosa por uma agência especializada.

Por último o terceiro requisito específico ampara-se na inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Assim, preenchidos esses três requisitos e constatando-se que o medicamento pleiteado aguarda por prazo irrazoável a análise e o deferimento de seus pedidos de registro pela agência reguladora, deve-se reconhecer que está justificada a determinação judicial de dispensação de medicamento não registrado no Brasil.

Em outra inteligência, registra-se que quanto a responsabilidade pelo fornecimento do medicamento ou pela realização do tratamento de saúde, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 855178 RG/SE (TEMA – 793), ao interpretar o artigo 23, inciso II da Constituição Federal de 1988, entendeu que os entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde. O Ministro Luiz Fux fundamentou, ainda, que diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Assim considerando a pauta argumentativa permeada no debate teórico apresentado, inclina-se para reconhecer a legitimidade da participação do Poder Judiciário no processo de garantia dos direitos sociais, devendo-se conferir maior relevância à máxima da efetivação dos direitos fundamentais sociais nessa pauta argumentativa e em uma eventual ponderação de valores, princípios e interesses, observando ainda as diretrizes que vêm sendo estabelecidas pelos Tribunais no Brasil.

Considerações Finais

O direito à saúde configura-se como Direito Fundamental, norteado ao princípio da dignidade da pessoa humana e com estreita conexão como o direito à vida. Sua proteção é partícipe na efetivação do Estado Democrático de Direito, no sentido de equilibrar as desigualdades sociais e permitir o amplo acesso a serviços essenciais para inclusão cidadã. A judicialização da saúde tem sido utilizada como garantia ao cidadão da efetivação de tal direito. Passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição da República de 1988 prevê uma gama de direitos sociais em seu artigo 6º, dentre eles a saúde. Contudo, esse direito não vem sendo concretizado pelo Estado, de acordo com os anseios da população. Em razão disso, há inúmeras demandas judiciais em busca da efetivação desse direito.

A partir do momento em que o Judiciário age como também um agente político por meio da judicialização ele não substitui a função do Poder Legislativo, mas sim, apenas cumpre o que já foi pactuado entre o Poder Público e a Sociedade Civil quando da elaboração da política pública já proposta e aprovada, atuando exclusivamente para dar-lhe seguimento objetivando sua implementação por meio de uma decisão estruturante, posto que não é condizente com os princípios constitucionais pátrios a inação estatal relativamente aos direitos fundamentais. Entretanto, é imprescindível que existam limites à esta atuação judicial de modo a não investir aos magistrados em mais poderes do que lhe foi conferido pela própria Carta Magna.

Ressalta-se a existência de um quadro misto no que se refere ao impacto das decisões judiciais em saúde inseridas no paradigma de Estado Social no Brasil: se por um lado elas forçam um aumento

da responsabilidade governamental e abrem caminho para benéficas mudanças sistêmicas, por outro, se desprezados determinados parâmetros, podem comprometer com os recursos públicos destinados para atender às necessidades sociais.

Ao certo, manter o sistema de freios e contrapesos entre os Poderes Executivo e Judiciário é imprescindível, sendo fundamental registrar que grande parte das regras jurídicas necessárias para a solução de eventuais conflitos relativos à saúde, já estão fundamentadas pela Constituição Federal, leis e normas infralegais.

Não obstante, tem-se até o presente momento que a participação do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais às prestações de saúde é, além de legítima, indispensável para que os cidadãos possam de fato usufruir o direito constitucional à saúde em sua integralidade.

Nesse ínterim, ao longo da análise pode-se constatar que, por mais que as Políticas Públicas estejam desenhadas e implementadas pelas leis pátrias, sempre poderá haver uma necessidade de saúde específica a demandar uma ação estatal que não se encontra, ainda, devidamente regulada em termos coletivos por meio de leis, normas ou serviços específicos.

As questões levantadas amparam-se na certeza de que a fase atual e plena vivenciada pelos Tribunais pátrios quanto à resposta jurisdicional do direito à saúde não é a última e não é a solução definida. É relevante ressaltar que, além das políticas públicas normatizadas através das leis, normas e parâmetros consolidados pelos Tribunais, representarem importantes garantias jurídicas na proteção do direito à saúde, a possibilidade de intervenção do Judiciário na efetivação desse direito, representa a última garantia do cidadão contra uma eventual violação ao Direito Social Fundamental à saúde.

Referências

ALEXY, Robert. “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. “Constitucionalismo discursivo”. Tradução de Luís Afonso Heck. 3º ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e Katya Kozicki. “Judicialização da política e controle judicial de política públicas”. Rev Direito GV [online]. 2012, vol. 9, n. 1, pp. 059-085. Acesso em: 12 dez. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100003&script=sci_arttext>, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. “O direito à prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”. In: Souza Neto, Cláudio Pereira e Daniel Sarmento (Coord.) Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In Justiça Constitucional. Pressupostos teóricos e análises concretas”. Belo Horizonte, 2008.

_____. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. 2008.

_____. “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In Intepretação Constitucional. Reflexões sobre (a

nova hermenêutica)”. Salvador: Edições JusPodivm. 2010.

BOBBIO, Norberto. “A era dos direitos”. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1986.

_____. “A era dos direitos”. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, data do julgamento 25/04/2018. Acesso em: 12 nov. 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?b=ACOR&li-vre=201700256297.REG.%20E%20@DTPB=20180504>>

Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 657718 RG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, data do julgamento 17/11/2011. Acesso em: 12 nov. 2019. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ES-CLA%2E+E+657718%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+657718%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/auw9uf>>

_____. RE 855178 RG, Relator: Min. LUIZ FUX, data do julgamento 05/03/2015. Acesso em: 12 nov. 2019. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENU->

[ME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+855178%2E-PRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q6u8omz](http://tinyurl.com/q6u8omz)>

DALLA, Humberto; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. “As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro”, in Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014.

GOUVÊA, Marcos Maselli. “O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos”. Revista Forense, vol. 370. Rio de Janeiro, Forense. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.mpro.mp.br/documents/252409/523609/O+-Direito+ao+fornecimento+estatal+de+medicamentos.pdf/cd31391e-e36a-4c9c-bfff-02d655b405a7;jsessionid=A09993BE-373FA54BE9990017C03471A2.node01?version=1.0>>, 2003.

HESSE, Konrad. “A força Normativa da Constituição”. Porto Alegre: Frabris, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. “A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional”. Revista de Direito Sanitário, Brasil, v 9, n1, p.50-69, jun. 2008. Acesso em: 15 dec. 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdizan/article/view/13101>>, 2008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. “STF e os parâmetros para a judicialização da saúde” Jota, 16/01/2017. Acesso em: 4 dec. 2019. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1324/790>>, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. “Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas”. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, nº 25. Acesso em: 15 nov. 2019. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>, 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. “O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo”. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. “Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial”. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 15/03/2013.

Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução”. Acesso em: 05 nov. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223b-dc709.pdf>, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia dos direitos fundamentais”. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”. 10. Ed. Ver., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros”. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de e Daniel Sarmento (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. “O direito ao mínimo existencial”. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Direito e Pós-Verdade: uma análise da influência exercida pela crescente perda dos referenciais objetivos na positivação, interpretação e aplicação da Lei

LAW AND POST-TRUTH: An analysis of the influence exerted by the growing loss of objective references in the positivation, interpretation and application of the Law

Renata Silva Gomes¹

José Bruno Aparecido da Silva²

Resumo: O presente trabalho tem como escopo analisar dos efeitos do fenômeno chamado de pós-verdade (situação na qual o apelo emocional produz mais efeitos que os fatos propriamente ditos) no processo legislativo, em especial nos controles de constitucionalidade. Por se tratar de um fenômeno relativamente novo, é relevante que se delimite um espaço gnoseológico e ontológico. A pesquisa se propõe a delimitar tal espaço e a sugerir caminhos que sejam úteis a um maior aprofundamento da análise, o que foi realizado com a interposição lógica de teorias de campos diversos das ciências sociais aplicadas. Este estudo foi realizado por meio da análise compreensiva, desenvolvida através da revisão bibliográfica e do método dedutivo. Foram adotados pressupostos lógicos, buscados nas obras de importantes teóricos do Direito e da Comunicação Social. Sendo observada a pertinência da aplicação de tais teorias ao atual contexto sociológico, levando-se em conta as transformações observadas no sistema jurídico e nos processos de comunicação e construção de discursos. Tais pressupostos, ao serem correlaciona-

¹Professora de Direito Constitucional e Filosofia do Direito da UNIVIÇOSA. Doutora e mestre em Teoria do Direito pela PUC Minas. Graduada em Direito pela UFOP. E-mail: renatagomesegomes@gmail.com

²Graduando em Direito pela UNIVIÇOSA. Bacharel em Comunicação Social pela FAGOC. E-mail: josebrunojb@hotmail.com

dos, foram capazes de explicar a forma com que Direito e pós-verdade interagem e os riscos desta relação para a manutenção de um sistema jurídico.

Palavra-chave: Agendamento, Axiologia, Pós-positivismo, Pós-verdade, Teoria Discursiva.

Abstract: The present work aims to analyze the effects of the phenomenon called post-truth (a situation in which the emotional appeal produces more effects than the facts themselves) in the legislative process, especially in the constitutionality controls. As it is a relatively new phenomenon, it is relevant to define a gnoseological and ontological space. The research proposed to delimit such a space and to suggest paths that are useful for a deeper analysis, which was done with the logical interposition of theories from different fields of applied social sciences. This study was carried out through comprehensive analysis, developed through bibliographic review and the deductive method. Logical assumptions were adopted, sought in the works of important theorists of Law and Social Communication. Being observed the pertinence of the application of such theories to the current sociological context, taking into account the transformations observed in the legal system and in the processes of communication and construction of discourses. Such assumptions, when correlated, were able to explain the way in which Law and post-truth interact and the risks of this relationship for the maintenance of a legal system..

Keywords: Agenda Setting, Axiology, Discursive Theory, Post-Positivism, Post-Truth.

Introdução

Para que se possa compreender os efeitos do fenômeno que se convencionou chamar de pós-verdade no processo legislativo, em especial nas decisões judiciais é necessário que, *a priori*, sejam delimitados os campos do conhecimentos a serem percorridos, bem como os objetos a serem analisados. Para isso adotar-se-á Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy correlacionada à Teoria

Tridimensional Específica do Direito, para a qual há uma interdependência entre os três elementos constitutivos do Direito: o fato, o valor e a norma, que fazem dele uma estrutura social necessariamente axiológico-normativa³; e à Teoria Histórico-Cultural dos valores, segundo a qual é impossível compreender o problema do valor apenas sob a ótica da psicologia ou da sociologia, fora do âmbito da história⁴.

Ainda que na prática, de acordo com a Teoria Tridimensional Específica, seja impossível separar um dos elementos constitutivos dos demais⁵, no presente trabalho, apenas para mera abstração teórica, o foco da análise recairá sobre o aspecto axiológico, uma vez que será necessário compreender como os valores são construídos e a relevância do papel dos fluxos de comunicação, sejam eles midiáticos ou entre indivíduos, neste processo constitutivo. Miguel Reale⁶ defende que há uma natureza dialética na unidade existente entre os elementos constitutivos do Direito, advinda do pressuposto de que de todo valor decorre uma tomada de posição da qual resulta uma noção de dever, sendo, pois, o valor o critério aferidor da legitimidade da ação. Tal natureza decorreria do fato de que o valor se insere, de acordo com ele, em uma perspectiva histórica.

É a transmutação do elemento valor no tempo, de acordo com cada contexto histórico, que interessa ao presente estudo, visto que em um momento em que se busca a superação dos preceitos do positivismo jurídico, o elemento axiológico passa a exercer maior influência no processo legislativo. Robert Alexy⁷ afirma que o conceito de direito para que seja correto ou adequado precisa conter três elementos: o da legalidade conforme o ordenamento jurídico, o da eficácia social e o da pretensão de correção material. Os dois primeiros elementos, também se encontram no positivismo jurídico. Logo, o que diferencia essa corrente de sua predecessora seria justamente o elemento moral.

Se, por um lado, no neo-constitucionalismo, que tem como pressuposto teórico o pós-positivismo, há uma justa preocupação com a garantia e efetivação dos princípios norteadores da Constitui-

³REALE, 1999, p. 539

⁴REALE, 1999, p. 204

⁵REALE, 1999, p. 513

⁶REALE, 1999, p. 543

⁷ALEXY, 2015, p. 15

ção, por outro, há o risco de que haja uma deturpação interpretativa de tais princípios, que pode ser provocada não pelo processo natural de transformação social, mas por situações nas quais há uma fragilização ou relativização da moral compartilhada.

Tomando como pressupostos (1) A teoria de Miguel Reale e de Robert Alexy na definição do conceito e dos elementos do direito, (2) as teorias do filósofo Jürgen Habermas e do jurista Robert Alexy acerca da fundamentação dos discursos; (3) as teorias de Walter Lippmann sobre o impacto dos media na formação da opinião pública e (4) a hipótese do agendamento, proposta por Maxwell McCombs, que aborda de que forma é exercida a influência mencionada por Lippmann; o presente trabalho se propõe a analisar a influência da mídia e da pós-verdade (situação na qual o apelo emocional produz mais efeitos que os fatos propriamente ditos) na formação da moral compartilhada e consequentemente na interpretação e aplicação do direito, bem como as consequências de tal influência.

1. Da separação à integração: as primeiras teorias acerca da relação entre o direito e a moral.

O teórico Hans Kelsen⁸ defende que direito e moral constituem ordem normativas distintas e independentes entre si, segundo a teoria pura do direito defendida por ele, o ordenamento positivado nasce da vontade racional do homem e não das leis naturais, como acreditavam teóricos do jus-naturalismo. Como ordem normativa autônoma, o direito estaria alheio às ponderações acerca da ética e da moral. Ainda de acordo com ele, a validade de uma norma jurídica vinha não de princípios éticos ou morais compartilhados, mas sempre de outra norma anterior a ela.

A Constituição estaria, de acordo com Kelsen⁹, no ápice de todo ordenamento, conferindo validade a todas as normas infra-constitucionais. A própria Constituição teria sua validade atestada pela norma fundamental¹⁰, abstração criada para explicar a origem do fundamento da carta constitucional e, consequentemente, de todo o ordenamento positivado. A norma fundamental, não estando

⁸KELSEN, 1999, p. 47

⁹KELSEN, 1999, p. 156

¹⁰KELSEN, 1999, p. 136

positivada, estaria localizada em um plano lógico-hipotético, sendo, pois, mera abstração transcendental; seu conteúdo consistiria apenas na noção de aceitação da Constituição e reconhecimento do dever de obediência a ela.

A relação entre direito e moral de acordo com a teoria Kelseniana pode ser ilustrada por meio de retas paralelas, que nunca se encontram. Em uma leitura simplista de tal teoria, pode-se afirmar que para Kelsen basta que a norma tenha sido posta por uma autoridade competente para que sua validade seja atestada, não cabendo questionamento acerca de sua validade frente aos preceitos éticos e à moral compartilhada pela sociedade¹¹. Tal pensamento, historicamente, gerou aberrações jurídicas cujas consequências foram irreparáveis, estando dentre estas as leis segregacionistas e xenóforas da Alemanha nazista e as leis do *apartheid* na África do Sul, existentes até a primeira metade da década se 1990.

Herbert Hart, ao reformular a teoria pura do direito de Kelsen, propõe um modelo bem diverso, no qual se admite que direito e moral possam não apenas ter pontos de convergência, mas serem um produto do outro. Hart substituiu a abstração acerca da norma fundamental pelo que ele chamou de regra do reconhecimento¹², teoria que consistia no pressuposto de que a validade do ordenamento jurídico passa necessariamente por um crivo interno (feito pelas próprias instituições jurídicas) e um externo (feito pela sociedade)¹³, sendo que neste último a sociedade reconhece ou não a validade das normas quando elas precisam ser aplicadas, e o reconhecimento, nestes casos, sofre a influência dos princípios morais quando se dá por meio do que Hart chamou de cooperação voluntária¹⁴.

Diferente da pirâmide Kelseniana, que possui a Constituição alocada no topo do ordenamento, na ilustração proposta por Hart é a moral que ocupa o ponto mais alto, estando o direito em uma posição inferior a esta, sendo seguido, ainda mais abaixo, pela política. De acordo com tal pensamento, todo o direito estaria fundamento na moral e toda a política estaria fundamentada no direito.

Já autores como Jeremy Bentham e Georg Jelinek fazem parte da corrente que defendeu que todo o direito seria necessariamente

¹¹KELSEN, 1999, p. 47

¹²HART, 2009, p. 130

¹³HART, 2009, p. 133

¹⁴HART, 2009, p. 260

te moral, supondo assim que a norma positivada contrária à moral compartilhada não poderia ser considerada direito. A figura que melhor representa tal pensamento é a dos círculos concêntricos, na qual o espaço do direito seria representado por um círculo menor contido em outro círculo maior, o da moral.¹⁵ Os pressupostos de tal corrente não poderiam ser outros senão os fundamentos do jus-naturalismo.

Outra corrente defende que há uma integração relativa entre direito e moral, defendendo o que pode ser chamado de pós-positivismo ou não positivismo, para tais teóricos, dentre os quais Miguel Reale e Robert Alexy, há de fato uma diferença entre direito e moral, no entanto, o elemento moral não pode ser afastado do direito. Tal concepção é melhor representada pela figura dos círculos secantes¹⁶.

Críticos de esta última linha de pensamento, como Kelsen, apontam contra ela o pressuposto de que a moral não possui um elemento coercitivo, enquanto que o direito sim e, assim sendo, não seria possível a existência de uma área na qual moral e direito se confundissem, uma vez que a validade do direito independeria de uma moral absoluta, qualquer norma jurídica poderia existir sem que correspondesse a uma norma moral e isso se deveria ao fato de que não existe apenas uma moral e que o Direito poderia corresponder a um dentre tantos sistemas morais existentes.¹⁷

É sob este argumento da inexistência de uma moral absoluta que repousa a rejeição de Kelsen pela conexão entre direito e moral como elemento do conceito de direito, o que ele não pôde perceber é que excluindo-se a moral do conceito de direito não há como limitar o legislador em sua construção normativa e menos ainda o aplicador do direito quanto ao conteúdo de sua decisão.

2. A Teoria Tridimensional Direito

A relação entre direito e moral é bem explicada pela teoria tridimensional do direito¹⁸, segundo a qual direito e moral não se confundem e nem estão totalmente separados. A moral seria, de

¹⁵REALE, 2001, p. 38

¹⁶REALE, 2001, p. 40

¹⁷KELSEN, 1999, P. 47

¹⁸REALE, 1999, p. 495

acordo com este pensamento, um fator determinante na construção do direito, estando ela associada ao aspecto valorativo presente e indissociável de toda e qualquer experiência jurídica. Estando o valor relacionado ao dever ser, ideal buscado pelo direito, infere-se que a moral, sendo norteadora da vida social, estaria presente, como fator determinante, na construção e na aplicação do direito.

Miguel Reale¹⁹ considera que a experiência jurídica está sempre atrelada aos três elementos que a compõe: o fato, o valor e a norma. De tal modo, o direito pode ser apreciado por abstração, em tríplice sentido, de acordo com três perspectivas distintas: (1) o Direito como *valor* do justo, do qual se ocupa a Deontologia na Filosofia do Direito, pela Política do Direito, em um plano empírico e pragmático; (2) o Direito como *norma* ordenadora de conduta, que é estudado pela Filosofia do Direito no plano epistemológico, e pela Jurisprudência, a Ciência do Direito; e por último (3) o Direito como *fato* social e histórico, do qual se ocupam a História, a Sociologia e a Etnologia do Direito, bem como a Filosofia do Direito no plano da Culturologia Jurídica.

Teorias diversas foram desenvolvidas por juristas que reconheceram o caráter tridimensional do direito, de tais teorias sobressaíram resoluções diversas sobre a relação entre os três elementos, que passaram a refletir na interpretação doutrinária e consequentemente na aplicação do Direito.

As primeiras doutrinas que se ocuparam da correlação entre os três aspectos o fizeram de forma abstrata, uma vez que a preocupação estava em construir uma visão geral, ampla, e não individualizada de cada aspecto, para estes pensadores competia ao jus filósofo apenas fazer uma síntese final das considerações feitas pelos especialistas que estudam de forma específica cada um dos três aspectos, constituindo aí o chamado tridimensionalismo genérico²⁰.

Outros teóricos consideraram que era impossível uma conciliação entre os pontos de vista dos campos que se ocupam de forma específica com cada um dos três aspectos, sendo a correlação apenas possível na práxis, sendo este o denominado tridimensionalismo genérico antinômico²¹.

¹⁹REALE, 1999, p. 509

²⁰REALE, 1999, p. 511

²¹REALE, 1999, p. 512

Estudos ulteriores, conduzidos por teóricos como Emil Lask, Gustav Radbruch, Maurice Hauriou, Santi Romano, Legaz y Lacambra, Eduardo Garcia Máynez, Roscoe Pound e Julius Stone²², no entanto, defenderiam que era inadmissível qualquer pesquisa no campo do direito que não considerasse de forma concomitante o valor, a norma e o fato.

Reale defende que são necessárias duas condições para que a correlação entre os três aspectos do Direito aconteça de forma unitária e concreta. De acordo com ele é preciso que se reconheça que o elemento valor representa três papéis: constitutivo, gnoseológico e deontológico da experiência ética; e ainda que existam implicações entre valor e história, dado que as exigências ideais, o dever ser, nem sempre correspondem à circunstancialidade histórica social, resultando daí a natureza dialética da unidade do Direito.

Todo valor implica uma tomada de posição do espírito, isto é, uma nossa atitude positiva ou negativa, da qual resulta, concomitantemente, a noção de dever (se algo vale, deve ser; se algo não vale, não deve ser) e a razão legitimadora do ato, por estar 'a serviço de um valor'. Daí termos afirmado que o valor, sobre ser o elemento constitutivo da experiência ética, é a razão deontológica da ação, fornecendo critério aferidor de sua legitimidade. O valor realiza-se, desse modo, como uma sucessão de elementos normativos, cada um dos quais traduz as valorações humanas concretizadas através do tempo, sem que nem mesmo a totalidade de tais momentos normativos logre exaurir a potencialidade inerente ao mundo dos valores. Esse o motivo da essencial historicidade do Direito, como experiência sempre renovada de valores, cuja unidade só pode ser de processos²³.

Entende-se, pois, que da natureza dialética do direito decorre o fato de que a construção da norma jurídica está sujeita a fatores do contexto histórico e sociológico que de algum modo interferiram na noção do que é certo ou errado, ou do que deve ou não ser tutelado pelo direito.

O processo dialético não influencia apenas na formulação de um ordenamento ou no processo de aprovação de uma norma

²²REALE, 1999, p. 515

²³REALE, 1999, p. 543.

isolada, mas também na interpretação de uma norma já positivada, que pode ser lida de formas distintas, dependendo do contexto histórico ou social no qual ela é aplicada. Sobre isso, Reale²⁴ defende que o modelo jurídico positivado não é estático, sendo ele o fruto de um processo, estando sujeito às variações semânticas ocorridas no decorrer do tempo, que equivaleriam a verdadeiras criações normativas.

Pode-se sustentar que a teoria tridimensional do direito, da qual Reale era um arguto defensor, adquire ecos nos escritos do jurista alemão Robert Alexy²⁵, que também defende que o a experiência jurídica está estruturada em três elementos: o da legalidade conforme o ordenamento (ou legalidade autoritativa), o da eficácia social e o da correção material, sendo possível associar estes três elementos, respectivamente, à norma, o fato e ao valor. Para o autor²⁶, da importância que se dá a um ou mais destes elementos, em detrimento de outro, ou dos outros, é possível identificar uma tendência voltada para o jus-naturalismo ou para o pós-positivismo ou como denomina o próprio Alexy, não positivismo.

3. O Pós-Positivismo e a Ampliação do Campo de Intercessão entre Direito e Moral.

As mudanças semânticas citadas por Reale²⁷ passam a exercer maior influência sobre o ordenamento jurídico na medida em que a letra da lei deixa de, por si só, proporcionar resoluções para os problemas jurídicos. O pensamento pós-positivista, de acordo com Luís Roberto Barroso²⁸, “não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela”.

Barroso²⁹, ao elencar os fundamentos de tal corrente de pensamento, lembra que no decorrer do século XX ganhou força a noção de que o direito positivado não é em si uma expressão da justiça

²⁴REALE, 1999, p. 206

²⁵ALEXY, 2018, p. 15

²⁶ALEXY, 2018, p. 15

²⁷REALE, 1999, p. 554

²⁸BARROSO, 2018, p. 35

²⁹BARROSO, 2018, p. 35

imane, mas o fruto de interesses dominantes no período no qual a lei foi posta, o que faz com que a solução para determinadas questões não esteja no sistema normativo, sendo necessário buscá-las em elementos externos a ele.

A percepção descrita acima levaria, ainda de acordo com Barroso, à superação da ideia de separação que o positivismo jurídico havia imposto entre o direito e a moral, ele defende que “para achar a resposta que a norma não fornece, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores”³⁰.

A necessidade de soluções não previstas no ordenamento positivado seria advinda do ineditismo de situações típicas de contextos sociais marcados por grandes transformações. O século XX foi marcado por mudanças significativas no estrato social, tendo sido estas proporcionadas por inovações tecnológicas, crises econômicas, revoluções e duas grandes guerras. O direito se viu diante da obrigação de propiciar alternativas viáveis e soluções satisfatórias para questões que até então não estavam abarcadas por seu campo de interesse.

Barroso³¹ observa que este contexto foi propício ao desenvolvimento de um modelo de atuação do judiciário mais discricionário, o que seria decorrente da necessidade de que o juiz agisse, em dadas situações, em substituição ao próprio legislador. O autor enxerga este fenômeno como “uma inevitabilidade, a ser debitada à complexidade e ao pluralismo da vida contemporânea”, este modelo, de acordo com ele, afetaria as premissas tradicionais, elaborando ou reformulando categorias como “a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica”³².

O contexto histórico posterior à segunda guerra mundial trouxe consigo a preocupação de não mais permitir que a lei se tornasse instrumento de opressão e de tirania, isto, aliado à necessidade de que se fossem edificados modelos políticos nos quais os Estados tivessem maior poder de intervenção em aspectos sociais e econômicos (para evitar que crises financeiras como a de 1929 se repetissem), e que tivessem condições para prover o necessário para a

³⁰BARROSO, 2018, p. 35

³¹BARROSO, 2018, p. 41

³²BARROSO, 2018, p. 32

reconstrução dos países afetados pela guerra, levou ao surgimento de um novo modelo de constitucionalismo.

Para que fossem implementados estes novos modelos de Estado, era preciso não apenas que se substituíssem as constituições antigas por novas, mas que se criasse também um novo modelo de interpretação constitucional, fato que, como pontua Barroso³³, afetaria as premissas tradicionais, elaborando ou reformulando categorias como “a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica”.

Barroso³⁴ aponta três marcos responsáveis pelas transformações do direito constitucional (que, dado o poder de emanção axiológica da constituição, implica na transformação de todo o ordenamento): o marco histórico, o marco filosófico e o marco teórico. O simples entendimento de que são marcos acaba por aduzir a natureza temporal destes fenômenos, todos os três são frutos de um dado período, mais precisamente dos valores morais vigentes neste período.

Os princípios que no novo constitucionalismo adquirem poder normativo não são outra coisa senão construções advindas da moral compartilhada. Dada a natureza dialética do direito, descrita por Reale³⁵, mudado o contexto histórico é possível que mude também a moral vigente e conseqüentemente a influência desta sobre o ordenamento jurídico. Barroso³⁶ defende que toda interpretação é produto do momento histórico em que é feita e que neste processo estariam envolvidos os fatos, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e ainda o imaginário de cada um; em resumo, os fatos, as normas e os valores.

O problema motivador deste estudo decorre justamente do fato de que os discursos midiáticos tem o condão de afetar as decisões legislativas e judiciais criando o risco de insegurança jurídica e de equívocos na criação e aplicação do direito. Assim, é importante compreender esses processos de formação do discurso midiático assim como o processo de formação da argumentação que sustenta as decisões judiciais e embasa a produção normativa.

³³BARROSO, 2018, p. 32

³⁴BARROSO, 2018, p. 30

³⁵REALE, 1999, p. 554

³⁶BARROSO, 2018, p. 102

Adiante, à luz do pensamento de teóricos da comunicação, será abordada a forma com que os valores compartilhados têm sua construção influenciada por meio do discurso midiático, o que se dá por meio da indução da importância e da relevância que a população atribui às diversas questões de ordem pública, que, como tal, também interessam ao direito.

4. A Mídia e sua Influência na Formação da Opinião Pública

Sendo o campo midiático um lugar de formação de discursos, é relevante que se considere a influência do poder detido pelos veículos, sejam eles da mídia tradicional ou das novas mídias, na formação de juízos de dever e de valor. Na análise proposta por este trabalho, dos efeitos da pós-verdade na criação e aplicação das leis, será considerado este poder detido não só pela imprensa, mas também por grupos autônomos e indivíduos que adquirem poder de fala e de propagação de informações graças às novas tecnologias.

Percussor dos estudos sobre os *mass media* e os efeitos que estes produzem na percepção das pessoas acerca dos fatos por eles noticiados e conseqüentemente na construção daquilo que ele chamou de Opinião Pública, Walter Lippmann, na década de 1920, defendeu a tese de que a moral está sustentada na versão dos fatos que é aceita pela coletividade³⁷. Para ele, a incapacidade dos indivíduos de decodificarem suas próprias realidades, levava à criação de um espaço diverso do real, um espaço onde o indivíduo projetava suas percepções limitadas acerca do mundo à sua volta em um arranjo demasiadamente descomplicado e, por isso, mais fácil de ser interpretado.

Lippmann³⁸ viu no fato de que os homens teorizam uma prova da existência deste espaço outro, ao qual ele chamou de pseudoambiente. Para ele, o comportamento de cada indivíduo, apesar de provocar transformações no ambiente real, era, a priori, uma resposta a um estímulo originado neste espaço irreal: “teremos que presumir que o que cada homem faz está baseado não em conhecimento direto e determinado, mas em imagens feitas por ele mesmo ou transmitidas a ele”. Diante disso, há que se supor que a qualidade

³⁷LIPPMANN, 2010, p. 120

³⁸LIPPMANN, 2010, p. 37

das imagens formadas no pseudoambiente estará diretamente relacionada ao desempenho do indivíduo frente às decisões e questionamentos que a vida em sociedade lhe exige.

O autor chama a atenção para o fato de que as imagens internas, criadas no ambiente diverso do real, podem ser enganosas, dada a existência de fatores diversos que limitam o acesso das pessoas aos fatos. Ele argumenta ainda que cada indivíduo vive em uma pequena parte da superfície da terra e se desloca por um espaço demasiadamente limitado e de tudo aquilo que lhe é familiar ele conhece intimamente apenas algumas coisas.

As imagens criadas por cada indivíduo em seu pseudoambiente, ou recebida por ele, é em parte das vezes destituída de precisão/distinção e de consistência/estabilidade, sendo no fim das contas vaga e inconstante. Lippmann³⁹ acredita que o problema está no fato de que a definição que se faz de uma dada coisa antecede a sua visualização: “na confusão brilhante, ruidosa do mundo exterior, pegamos o que nossa cultura já definiu para nós, e tendemos a perceber aquilo que captamos na forma estereotipada para nós por nossa cultura”.

Os estereótipos preenchem a lacuna existente no pseudoambiente quando a coisa ainda não foi de fato conhecida, eles são projeções simplórias da realidade que não necessariamente correspondem a ela. A construção do estereótipo cria uma ilusão de conhecimento que satisfaz a necessidade da decodificação do objeto real. Considera-se, portanto, que é mais fácil construir um estereótipo do que desconstruir um já consolidado, o que explica, em parte, o risco que o fenômeno da pós-verdade (que atua criando estereótipos) representa nos tempos atuais.

A partir da noção de que nem todo o estereótipo corresponde de fato, ainda que em parte, à coisa real, pode-se supor que por meio da construção ou da manutenção de tais ideias simplificadas seria possível induzir comportamento ou decisões (cabe aqui distinguir indução de manipulação, visto que a indução não garante que o comportamento ou a decisão de fato acontecerão).

³⁹LIPPMANN, 2010, p. 85

5. A Teoria do Agendamento e a Indução do que Será ou não Discutido pela População

Tomando como pressupostos as teorias de Walter Lippmann, dois pesquisadores da comunicação, Maxwell McCombs e Donald Shaw, já na década de 1970, desenvolvem uma tese que chamaram de Teoria do Agendamento, ou *Agenda Setting* no original, segundo a qual a imprensa não tinha o poder de manipular a opinião pública, no entanto, era capaz de induzir posturas e comportamentos por meio da escolha do que seria ou não veiculado nos principais meios de comunicação.

Haveria, de acordo com ele, uma transferência de importância entre os conteúdos que estavam na pauta midiática e conteúdos presentes na pauta da audiência, que se formava, a partir daquela, por meio de uma relação de causa e efeito: “A ideia teórica central é que os elementos proeminentes na imagem da mídia tornam-se proeminentes na imagem da audiência. Aqueles elementos enfatizados na agenda da mídia acabam tornando-se igualmente importantes para o público”⁴⁰.

McCombs, recorrendo a Lippmann, chama a atenção para o fato de que o conhecimento que a maioria dos indivíduos cria acerca dos assuntos que possuem relevância pública ou política não lhe é disponibilizada por meio da experiência, tal conhecimento seria, de acordo com ele, uma realidade de segunda mão, adquirida por meio dos relatos de jornalistas sobre os eventos e situações reais⁴¹.

Para o autor, a não proximidade do indivíduo em relação a estes acontecimentos faz com que ele demonstre considerável desprezo por aqueles assuntos que não lhe chegam por meio da mídia e se ocupe prioritariamente daqueles que foram de antemão selecionados para o seu consumo diário.

É importante frisar que, ao analisar este fenômeno, McCombs não desconsidera o fato de que o interesse de cada indivíduo também influencia naquilo que irá ocupar ou não o seu pensamento, porém, para ele é justamente na construção dos interesses que o agendamento atua: “As pessoas têm opiniões sobre muitas coisas, mas somente alguns poucos tópicos realmente lhes interessam. O

⁴⁰McCOMBS, 2009, p. 111

⁴¹McCOMBS, 2009, p. 17

papel de agendamento desempenhado pelos veículos noticiosos é sua influência na saliência de um assunto⁴².

A recorrência de um determinado tema em um veículo de mídia seria, portanto, um indicativo para a sociedade de que aquele tema é importante, surgindo desta premissa gradações de relevância entre os diversos temas abordados em um dado período. A indução da percepção de importância traria como consequência o desenvolvimento do interesse. Passando a vigorar a seguinte lógica: quanto mais um dado tema é repetido, maior será a percepção de sua importância pela audiência e quanto mais importante ele for, com maior facilidade despertará interesses.

Como o próprio autor lembra, críticos da Teoria do Agendamento defendiam que tanto a mídia quanto o público estavam na realidade apenas respondendo a estímulos do mundo exterior, que os afetava de igual modo⁴³; todavia, os estudos desenvolvidos demonstram que os padrões da cobertura feita pela mídia nem sempre possuíam uma relação direta com a realidade observada.

Um dos estudos de caso citados por McCombs⁴⁴ diz respeito à cobertura da imprensa alemã durante o outono de 1973; de acordo com ele, por três meses notícias alarmistas sobre o abastecimento de petróleo no país ganharam destaque nos jornais, com isso o assunto adquiriu relevância, pois aconteceu a transferência de saliência da mídia para o público. Contudo, o alarde não se justificava, não havia dado concreto que pudesse confirmar a escassez de petróleo. Os resultados alcançados pelo estudo apontaram que o temor gerado fez aumentar a demanda, o que por sua vez gerou a redução da oferta, que até então se encontrava sem grandes variações. O temor reduziu, bem como a demanda, na medida em que as notícias alarmistas diminuíram.

No caso em questão uma crise que não existia antes da repercussão das notícias passou a existir em consequência destas. Observa-se, portanto, que a realidade não influenciou a mídia, como poderiam esperar os detratores da Teoria do agendamento, ao contrário, foi a mídia que acabou por influenciar a realidade.

McCombs também destaca o fato de que a agenda não é es-

⁴²McCOMBS, 2009, p. 19

⁴³McCOMBS, 2009, p. 46

⁴⁴McCOMBS, 2009, p. 47

tática, ela evolui, e ele entende isso como um processo natural, decorrente daquele que seria, para ele, o aspecto mais importante no processo: a competição entre os temas para um lugar na agenda. A competição existe por ser grande o número de questões com potencial relevância, enquanto que a capacidade do público de prestar atenção não é ilimitada. Neste aspecto, a realidade do público exerceria relativa influência, uma vez que determinaria o tamanho da agenda - quantos assuntos ela comporta, sem que haja excessiva perda de relevância⁴⁵.

McCombs classificou como objetos os temas selecionados pela agenda, para ele, além da agenda de objetos existiria ainda outro nível de agendamento a ser considerado, o nível dos atributos⁴⁶. Os atributos seriam as características e propriedades que preenchem a imagem de cada objeto, neles residiria o aspecto valorativo do agendamento. Há valoração, por exemplo, quando reiteradas notícias dão conta do viés negativo de uma dada situação, enquanto que o viés positivo é ignorado.

Como o presente trabalho abordará a influência das imagens da agenda na construção dos valores e, conseqüentemente, na formulação, interpretação e aplicação das leis, há que se pressupor que parte do público que interessa ao estudo é composta por indivíduos de alto nível de formação, dentre eles: juristas, magistrados, promotores, advogados e outros operadores do direito. Surge então o seguinte questionamento: pessoas com maior grau de formação estão sujeitas da mesma forma que pessoas de menor instrução aos efeitos do Agendamento?

Para Samuel Popkin⁴⁷, o nível de educação não afeta a percepção dos temas públicos ou políticos por aprofundar o conhecimento sobre eles, mas por aumentar o rol de assuntos que os cidadãos consideram mais relevantes e por aumentar o número de conexões entre a vida de cada um e os acontecimentos de abrangência nacional ou internacional. McCombs discorre:

[...] a maioria das pessoas, mesmo as mais bem educadas, raramente possui conhecimento profundo e detalhado dos assuntos públicos. Pessoas com nível superior de educação

⁴⁵McCOMBS, 2009, p. 68

⁴⁶McCOMBS, 2009, p. 113

⁴⁷POPKIN, apud McCOMBS, 2009, p. 69

leem jornais e discutem as notícias mais frequentemente com suas famílias, amigos e cotrabalhadore. A principal fonte de renda dessa atividade observa Popkin, é que as pessoas educadas “terão informação limitada sobre um amplo leque de assuntos, incluindo eventos nacionais e internacionais, que estão distantes da experiência do dia-a-dia”⁴⁸.

McCombs ⁴⁹aponta dois fatores que seriam responsáveis pela necessidade de orientação demonstrada por cada indivíduo: a relevância e a incerteza. Compreender estes dois fatores e em que medida eles influenciam no agendamento é de fundamental importância para que seja feita uma análise precisa dos dados e do contexto a serem apresentados no próximo capítulo deste trabalho. Entre a relevância e a necessidade de orientação há uma relação de proporção direta: quanto maior a relevância de um determinado assunto maior será a necessidade de orientação sobre este mesmo tema. Para McCombs esta é a condição definidora inicial da necessidade de orientação.

O nível de incerteza seria, para o autor, a segunda condição definidora da necessidade de orientação. A relação do nível de incerteza com a necessidade de orientação também se dá por uma proporção direta: quanto maior o nível de incerteza maior será a necessidade de orientação. Assuntos públicos relevantes, mas que apresentam relativa estabilidade no decorrer do tempo, tendem a despertar menor interesse, todavia, ao analisar os resultados de pesquisas, o autor compreende que nestas situações há uma necessidade de orientação moderada.

Quando tanto a relevância, quanto a incerteza são altas, por exemplo, no caso de uma eleição com candidatos relativamente desconhecidos, a necessidade de orientação tende a ser igualmente alta e “quanto maior for a necessidade de orientação que as pessoas têm no âmbito dos assuntos públicos, maior é a probabilidade delas atentarem para a agenda da mídia”⁵⁰.

⁴⁸McCOMBS, 2009, p. 70

⁴⁹McCOMBS, 2009, p. 91

⁵⁰WEAVER, apud McCOMBS, p. 94

6. Pós-verdade: A Descrença nas Instituições Democráticas e o Desprezo pelos Fatos Objetivos

O jornalista e pesquisador inglês Matthew D’Ancona⁵¹ ao iniciar sua explanação sobre aquilo que se conceituou como pós-verdade, lembra que não há consenso na literatura especializada sobre a etimologia do termo, no entanto, há a concordância de que ele foi utilizado pela primeira vez no ano de 1992 na revista *The Nation*, em um artigo do escritor sérvio-norte-americano Steve Tesich, que defende que os americanos estavam fatigados, após recorrentes escândalos públicos como Watergate e o caso Irã-Contras, tal cansaço os teria levado a dar as costas à verdade.

Apesar de escrita 24 anos antes, a reflexão ensaiada por Tesich não contradiz o significado atribuído ao termo já no ano de 2016, quando ele foi escolhido pelo *Oxford Dictionaries* como a palavra do ano, a saber: “circunstâncias em que os fatos objetivos são menos influentes em formar a opinião pública do que os apelos à emoção e à crença pessoal”⁵². Marcado pela eleição de Donald Trump nos Estados Unidos e pelo referendo pelo *Brexit* no Reino Unido, o ano de 2016 trouxe o termo novamente à tona e junto com ele uma grande quantidade de reflexões acerca da formação da opinião pública e do papel exercido pela mídia tradicional e pelas novas mídias neste fenômeno.

D’Ancona⁵³ chama a atenção para a ideia de que “as mentiras, as manipulações e as falsidades políticas enfaticamente não são o mesmo que a pós-verdade”, para ele, “a novidade não é a desonestidade dos políticos, mas a resposta do público a isso. A indignação dá lugar à indiferença e, por fim, à convivência. A mentira é considerada regra e não exceção”.

O Jornalista José Antônio Zarzalejos⁵⁴ concorda com este ponto de vista, para ele, “a pós-verdade não é sinônimo de mentira”, ela consistiria “na relativização da verdade, na banalização da objetividade dos dados e na supremacia do discurso emocional”. Para

⁵¹D’ANCONA, 2018, p. 20

⁵²D’ANCONA, 2018, p. 20

⁵³D’ANCONA, 2018, p. 34

⁵⁴ZARZALEJOS in UNO, 2017, p. 11

D'Ancona⁵⁵ a base social da pós-verdade é o colapso da confiança, desta única fonte fluiria todo o resto, pois “todas as sociedades bem-sucedidas dependem de um grau relativamente alto de honestidade para preservar a ordem, defender a lei, punir poderosos e gerar prosperidade”.

Aliada à crise de confiança nas instituições, que eram até então tidas como pilares de qualquer democracia, o autor⁵⁶ observa ainda a ascensão daquilo que ele chama de uma indústria da desinformação, que seria uma das responsáveis pela propagação de notícias enganosas e de uma falsa ciência, cujos interesses seriam “esconder a verdade, confundir o público e criar controvérsia onde nenhuma antes existia”.

Victoria Prego⁵⁷, presidente da Associação da Imprensa de Madri, chama atenção para a existência de bolhas informativas, criadas graças à capacidade tecnológica de novas mídias de criar publicidades e pacotes de informação direcionados a grupos específicos de indivíduos de acordo com os seus interesses particulares e suas interações em redes sociais. De acordo com Prego, a imersão nestas bolhas subtrairia do indivíduo tanto a necessidade quanto a capacidade de sair da redoma na qual se encontra.

Enquanto foi constatado um aumento significativo da desconfiança nos meios de comunicação tradicionais, observou-se, de acordo com Prego⁵⁸, uma transposição da confiança, antes depositada nestes meios, para as redes sociais, fenômeno que a autora atribui ao entusiasmo gerado pela inexistência de intermediários nestas novas plataformas. Todavia, ao mesmo tempo em que há aquilo que Prego classifica como uma fé quase infinita naquilo que reforça uma opinião pré-existente, há, de acordo com Armando Medeiros⁵⁹ um aumento na descrença naquilo que o outro diz que possa contrariar tais opiniões.

Diante deste novo contexto social, introduzido nos parágrafos anteriores, surgem alguns pontos de reflexão pertinentes para as conclusões deste estudo: a crise de confiança na mídia tradicional, ao mesmo tempo em que desconstrói referências, acaba por criar

⁵⁵D'ANCONA, 2018, p. 42

⁵⁶D'ANCONA, 2018, p. 46

⁵⁷PREGO in UNO, 2017, p. 20

⁵⁸PREGO, in UNO, 2017, p. 20

⁵⁹MEDEIROS in UNO, 2017, p. 23

inúmeros outros potenciais pontos de referência, que podem ser sites, blogs, canais de vídeos ou simplesmente perfis em redes sociais de pessoas com grande poder de influência (são os chamados *digital influencers*); e diante de um volume cada vez maior de informação disponível na rede, há uma aparente sensação de aleatoriedade e caos, que leva a uma percepção de ausência de controle.

Considerando a existência de uma multiplicidade de pontos de referência e a disponibilidade de um volume quase imensurável de informação à distância de alguns cliques, questiona-se: ainda faz sentido falar na hipótese do agendamento associada a este novo contexto criado pelas redes sociais, pelo imediatismo dos aplicativos de mensagem instantânea e ainda pela crise dos veículos de mídia tradicionais?

Para responder a esta pergunta é preciso considerar a existência do fenômeno que D'Ancona⁶⁰ chamou de “bazar digital”, que teria nascido com a chamada “Web 2.0”, que teria substituído hierarquias por recomendações par a par, deferências por colaborações e o consumo passivo pelo compartilhamento de conteúdo produzido pelo próprio usuário. É inegável que tais transformações tenham transformado a rede e a própria realidade para melhor em muitos aspectos, no entanto conferiu uma quantidade de poder sem precedentes a um número muito reduzido de organizações:

Nesse ínterim, os mesmos gigantes da tecnologia que proveeram o palco, o cenário e os objetos cênicos para esse drama global emocionante se tornaram os beneficiários de quantidades sem precedentes de informações sobre seus bilhões de atores: o assim chamado “*big data*”. Entre eles, o Google, a Microsoft, a Apple, o Facebook e a Amazon – os “Cinco Grandes” – superam em ampla margem todos os bancos de dados, sistemas de arquivos e bibliotecas que existiram na história humana. Em cada interação, postagem, compra ou busca, os usuários revelam algo mais a respeito de si mesmos. Informação que se tornou a commodity mais valiosa do mundo⁶¹.

A existência de tais bancos de dados, associados aos algorit-

⁶⁰D'ANCONA, 2018, p. 50

⁶¹D'ANCONA, 2018, p. 50)

mos dos mecanismos de busca tendem, conforme aponta D'Ancona⁶², a dirigir os indivíduos para os conteúdos dos quais irão gostar e para pessoas que concordam com os seus mesmos pontos de vista, pressupondo aí a rejeição daqueles que pensam de forma diferente. A consequência disso é que as opiniões tendem a ser reforçadas e as mentiras, incontestadas. Tal situação aduz que, ainda que haja um volume quase incalculável de informações na rede, os indivíduos tenderão a ter acesso a um número relativamente limitado de dados, em consequência do direcionamento realizado pelos citados mecanismos de busca.

Tim Berners-Lee, criador da *World Wide Web*, em carta escrita na ocasião do 28º aniversário de sua criação, comentou o fenômeno descrito acima, e teceu considerações acerca daquilo que pode ser entendido como o modelo de agendamento posto em prática na Web 2.0.

Hoje a maioria das pessoas encontra notícias e informações na web por meio de alguns poucos sites de mídia social e mecanismos de busca. Esses sites ganham mais dinheiro quando clicamos nos links que eles exibem para nós. E eles escolhem o que exibir para nós com base em algoritmos que tomam conhecimentos de nossos dados pessoais e que são coletados constantemente. O resultado líquido é que esses sites exibem conteúdo em que acham que vamos clicar, o que significa que a desinformação, ou as “notícias falsas”, que é surpreendentemente chocante ou projetada para apelar aos nossos vieses, pode se espalhar rapidamente [...] Aqueles com más intenções podem manipular o sistema para espalhar desinformação para o ganho financeiro ou político⁶³.

É necessário salientar ainda que não apenas os algoritmos são capazes de determinar o tipo de conteúdo que será disponibilizado ao usuário em uma determinada busca, nas redes sociais. Tais conteúdos também podem ser objetos de induções, que passaram a ser chamadas de impulsionamentos. Assim, um valor estipulado é pago à empresa detentora dos dados cadastrais de usuários para que esta exponha determinado conteúdo a um grupo selecionado de

⁶²D'ANCONA, 2018, p. 53

⁶³BERNERS-LEE, 2017, apud D'ANCONA, 2018, p. 103

indivíduos, que apresentem, de acordo com os dados coletados, uma maior propensão a responder da maneira esperada àquele conteúdo.

A empresa estadunidense de análise de dados Cambridge Analytica, que tem à sua frente nomes como Steve Bannon (estrategista chefe da campanha de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos) e Robert Mercer (bilionário cientista da computação e financiador de fundos multimercado), se especializou em transformar a paisagem da mídia em informação. De acordo com D'Ancona⁶⁴, a empresa “afirma ter os perfis psicológicos de 220 milhões de eleitores norte-americanos e, supostamente, ajudou a Leave.EU durante a campanha do referendo do Brexit”.

A pós-verdade tem sido vista como uma grave ameaça às democracias, Prego⁶⁵ enxerga a multiplicação das falsas notícias como um fato capaz de ameaçar seriamente a saúde dos sistemas democráticos, dada a impotência de honestos profissionais da comunicação frente a este novo fenômeno. Armando Medeiros⁶⁶ acredita que “as consequências sociais deste contexto são inquietantes”, para ele, “o roteiro possível aponta para o acirramento da intolerância e para o estímulo do totalitarismo”.

Os estímulos advindos dos pseudoambientes criados pela pós-verdade, aos quais grupos de indivíduos passam a responder, têm o poder de estabelecer agendas, nas quais é constituído um ranking de relevância para assuntos públicos que dão ou deixam de dar maior ou menor destaque para temas que correspondam a interesses dos grupos que detêm o poder da indução. Este fenômeno é relevante, portanto, para o estudo do processo legislativo, em especial no que tange às reflexões do judiciário, quando no exercício do controle de constitucionalidade, e da sociedade civil acerca de temas em torno dos quais ainda existem controvérsias e impasses não pacificados.

⁶⁴D'ANCONA, 2018, p. 106

⁶⁵PREGO, in UNO, 2017, p. 20

⁶⁶MEDEIROS, in UNO, 2017, p. 23

7. O Direito Diante da Pós Verdade, a Substituição do Discurso Jurídico pelo Discurso Moral

Ao colocar em xeque as instituições democráticas, a mídia tradicional e a ciência, a pós-verdade acaba por deslegitimar importantes fontes de fundamentação de discursos. E, aliado este processo de deslegitimação, ocorre a substituição dos fatos por narrativas alternativas, que passam a ter valor de verdade. A carência de referenciais, uma consequência da pós-verdade, abre um vácuo ainda maior sobre determinadas questões de ordem pública e este vácuo acaba sendo preenchido pela valoração (ampliando assim ainda mais o campo de interseção entre direito e moral).

Estando o ordenamento jurídico relativamente sujeito ao aspecto axiológico advindo da moral constituída, tal contexto passa a representar uma grave ameaça também para a própria noção de estado democrático de direito, pois afeta a percepção acerca da segurança jurídica (aspecto que será abordado no próximo capítulo), uma vez que o direito, dada a sua natureza dialética, está sujeito às variações decorrentes da tensão entre fatos e valores no decorrer do tempo⁶⁷.

O efeito de tais variações influencia primeiramente não o discurso jurídico, mas o discurso moral. O problema está no fato de que o discurso jurídico é necessariamente influenciado e, em alguns casos, até substituído pelo discurso moral, que, de acordo com Robert Alexy, é aquele que leva em consideração aquilo que é “igualmente bom para todos os seres humanos”⁶⁸.

Outro problema é que a noção do que é igualmente bom para todos é relativa e dotada de subjetividade e por isso é pertinente que se indague como ela é formada. Aqui se percebe um dos porquês do processo de formação da opinião pública ser tão relevante para a presente pesquisa.

Em relação a tal ponto, Marques⁶⁹ defende que os processos éticos-morais “dizem respeito aos modos como os *media* atuam e influem nas relações intersubjetivas, fornecendo insumos simbólicos não só pra a construção das identidades subjetivas, mas também

⁶⁷REALE, 1999, p. 554

⁶⁸HABERMAS, 1966, apud ALEXY, 2015, p. 97

⁶⁹MARQUES. 2009, p. 56

para a ativação constante de sentimentos morais a partir da representação imagética dos ‘outros’”.

Importante ressaltar que Alexy discorda da tese segundo a qual o discurso jurídico seria um tipo específico do discurso moral, a chamada tese do caso específico, anteriormente defendida por Jürgen Habermas⁷⁰. Para Alexy, a tese do caso específico podia ser aceita se o discurso jurídico fosse visto não como subconjunto da argumentação moral, mas como *genus proximum* do discurso prático geral⁷¹. Para explicar a diferença entre eles, ele acrescenta:

O discurso prático geral não é a mesma coisa que o discurso moral no sentido de Habermas. Ele é um discurso no qual questões e razões morais, éticas e pragmáticas estão conectadas. Discursos práticos gerais são diferentes de discursos jurídicos por não dependerem de razões institucionais. Para a argumentação jurídica, razões institucionais como a lei e o precedente são constitutivas; para a argumentação prática geral eles não são⁷².

É possível perceber a diferença que há entre os dois entendimentos, enquanto que para Habermas o discurso moral adquire validade jurídica imediatamente ao ser transformado em direito fundamental⁷³, para Alexy é necessário que a pretensão de correção material, que para ele representa o viés axiológico do Direito, concentre em si dois aspectos, o da “pretensão de que a decisão esteja corretamente justificada se o direito estabelecido é pressuposto, qualquer que seja ele” e o da pretensão de que este Direito preestabelecido seja justo e razoável⁷⁴.

Sendo o direito apenas pressuposto, seria necessário para Alexy que ele fosse justificado (validado por meio do discurso, com a observância das regras que serão citadas a seguir) e ainda que ele fosse justo e razoável. Apesar de um discurso moral em sua essência poder adquirir juridicidade por meio de sua justificação, esta não é uma regra geral aplicada a todo discurso moral. Nem todo discurso

⁷⁰ALEXY, 2015, p. 100

⁷¹ALEXY, 2015, p. 96

⁷²ALEXY, 2015, p. 97

⁷³ALEXY, 2015, p. 100

⁷⁴ALEXY, 2015, p. 103

moral pode vir a ser Direito, pois nem todo discurso moral pode ser justificado.

É a não observância dos critérios de justificação dos discursos morais que torna um controle de constitucionalidade, por exemplo, suscetível à influência da pós-verdade. Tal situação normalmente ocorre no consequencialismo adotado no chamado ativismo judicial, quando soluções são buscadas para além do ordenamento, visando atender um critério de conveniência e utilidade, porém deixando de lado o critério da justiça e da razoabilidade, o que culmina com a substituição do discurso jurídico pelo discurso moral.

Ao rechaçar a tese do caso específico tal como defendida por Habermas, o que Alexy busca evitar é justamente o efeito no Direito da variação que a moral sofre no decorrer do tempo. Ciente de que com a perda dos referenciais objetivos, a moral compartilhada fica sujeita a uma maior variação, conclui-se que a substituição do discurso jurídico pelo discurso moral se torna um problema maior em tempos de pós-verdade.

Importante destacar que a pós-verdade, ou os efeitos do agendamento, não necessariamente precisam afetar diretamente o magistrado. Os riscos advêm da influência que estes fenômenos causam na opinião pública - fenômeno já explicado nos capítulos anteriores - e consequentemente nos valores socialmente compartilhados. O que é o ativismo judicial senão a busca por refletir em decisões tais valores?

Ao conceituar o ativismo judicial, Paulo Nader explica que ela ocorre quando:

[...] os juízes e tribunais elaboram as regras a serem aplicadas em casos concretos com alta dose de subjetivismo, sem esgotar os recursos hermenêuticos para extrair do ordenamento as normas a serem aplicadas. Assim agindo, os tribunais atentam contra o garantismo processual, que se opõe ao arbítrio judicial⁷⁵.

Luiz Roberto Barroso enxerga este fenômeno de maneira diversa, para ele os fins almejados justificam o que ele chama de “de liberada expansão do papel do judiciário”:

⁷⁵NADER, 2020, p. 86

O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes⁷⁶.

Para Alexy a “atitude deliberada” não é possível. Para ele, ainda que haja certa discricionariedade, esta se encontra limitada, pois ao magistrado é delegada a responsabilidade pela observação e aplicação das regras e formas do discurso prático⁷⁷, que se dividem em (1) regras fundamentais; (2) regras da razão; (3) regras do ônus da argumentação; (4) regras de fundamentação e (5) regras de transição.

São estas as regras fundamentais enumeradas por Alexy⁷⁸: “(1) Nenhum falante pode se contradizer; (2) todo falante só pode afirmar aquilo que ele próprio acredita; (3) todo falante que emprega um predicado F a um objeto A deve estar preparado para empregar F a todo objeto que se assemelha a A em todos os aspectos relevantes e (4) falantes diferentes não podem usar a mesma expressão em sentidos diferentes”. Como a própria classificação demonstra, estas são as mais importantes. Ao presente trabalho interessam, prioritariamente, as três primeiras regras fundamentais.

Interessam ainda, dentre as regras da razão, a que dispõe que “todo falante deve fundamentar aquilo que ele afirma quando solicitado, a não ser que ele possa apresentar razões que justifiquem uma recusa de fundamentação”⁷⁹; e, dentre as regras da argumentação, a que diz que “quem introduz no discurso uma afirmação ou um comentário sobre suas opiniões, desejos e necessidades, que não se relaciona, como argumento, a um comentário prévio, tem, quando solicitado, que fundamentar o que levou a introduzir essa afirmação ou esse comentário”⁸⁰.

Se descartadas as regras fundamentais propostas por Alexy, assumindo-se a possibilidade da contradição em um dado discurso, a afirmação desprovida de crença ou aceitação de que um dado predicado possa ser usado em dada situação e não em outras, o discurs-

⁷⁶BARROSO, 2018, p. 40

⁷⁷ALEXY, 2015, p. 50

⁷⁸ALEXY, 2015, p. 51

⁷⁹ALEXY, 2015, p. 54

⁸⁰ALEXY, 2015, p. 58

so deixa de conferir fundamentação, validade e correição ao juízo defendido.

De igual modo, a contrariedade da regra da razão que dispõe sobre a necessidade de fundamentação para a afirmação defendida, ou da regra da argumentação que afirma ser necessária a fundamentação, quando solicitada, também para as opiniões, desejos e necessidades expostos no discurso sem que guardem relação com outro argumento, deveria, também em tese, invalidar o juízo ali defendido.

Ângela Marques⁸¹ salienta que a não observância das regras constitui uma forma de desrespeito para com o outro e, para ela, isso afeta não só o autoentendimento do indivíduo, mas suas possibilidades de inserção na vida social, o que deveria se dar por meio da confiança recíproca, do respeito moral e da estima social.

Considerando novamente a mobilidade da moral e que ela resulta da ação comunicativa, como defendeu Habermas⁸², entende-se que a deterioração dos fluxos de comunicação pela pós-verdade tiram destes fluxos a capacidade que teriam de conferir fundamento, legitimidade e correição aos juízos de dever e de valor. A seguir passa-se a abordar a forma com que este fenômeno impacta na observância de parte das regras defendidas por Alexy.

A pós-verdade contraria a primeira regra fundamental de Alexy⁸³ ao admitir a contradição, e até o conflito, entre tese e argumento. A segunda regra fundamental do discurso também é subvertida na medida em que se passa a aceitar ou reproduzir a narrativa que apela mais para a emoção, a crença ou a ideologia, ainda que o próprio falante não esteja de fato convencido daquilo que reproduz, ou ainda que o faça ciente do erro, por interesses escusos.

A terceira regra fundamental proposta por Alexy⁸⁴ é desconsiderada também na medida em que se recorre às premissas advindas da pós-verdade apenas nas situações em que elas são convenientes e abre-se mão delas, sem qualquer cerimônia, quando elas deixam de o ser ou quando são finalmente refutadas por fatos objetivos⁸⁵.

Admitindo a possibilidade da aceitação pelos interlocutores de um discurso predominantemente moral, que não obedeçam rigo-

⁸¹MARQUES, 2009, p. 62

⁸²PONZILACQUA, 2017, on-line

⁸³ALEXY, 2015, p. 51

⁸⁴ALEXY, 2015, p. 51

⁸⁵D'ANCONA, 2018, p. 28

rosamente às regras supracitadas, que são os seus pressupostos de validade, e que tenham, portanto, uma fundamentação deficitária ou inexistente, o produto axiológico resultante deste discurso deveria ser, de antemão, considerado comprometido.

A pós-verdade não afeta apenas o procedimento de validação dos discursos, mas também os pressupostos desta validação, o que ocorre quando se abre mão dos fatos objetivos e da razão, desprezado deste modo os quatro tipos de fundamentação das regras do discurso propostos por Alexy: (1) a fundamentação técnica, que “consiste em justificar as regras do discurso através da indicação dos fins que devem ser alcançados através de seu cumprimento”⁸⁶; (2) a empírica, consiste em mostrar que uma determinada regra de fato vale⁸⁷; (3) a definitória, que atribui a validade com base em um sistema definidor anterior⁸⁸; e (4) a pragmática-universal, que consiste em mostrar que “a validade de determinadas regras é a condição de possibilidade da comunicação linguística”⁸⁹.

É relevante ainda para o estudo acerca da relação entre direito em moral que se pesquise o poder de agendamento detido atualmente por quem controla os grandes bancos de dados constituídos pelas informações coletadas de usuários das redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas e mecanismos de buscas, citados por D'Ancona⁹⁰ em sua obra. É relevante, pois, a reflexão acerca de até que ponto os detentores de tal poder são capazes de criar pseudoambiente, induzir a opinião pública e assim influenciar a formulação, a interpretação e a aplicação da lei no ambiente real. Este, contudo, é tema que propõe para uma pesquisa futura.

⁸⁶ALEXY, 2015, p. 43

⁸⁷ALEXY, 2015, p. 44

⁸⁸ALEXY, 2015, p. 46

⁸⁹ALEXY, 2015, p. 47

⁹⁰D'ANCONA, 2018, p. 50

8. A Insegurança Jurídica Decorrente da Relação entre Direito e Pós-verdade

A segurança jurídica consiste no pressuposto de que se pode antever como será a decisão judicial adequada para um determinado caso concreto após terem sido dirimidas as controvérsias. As partes de um processo não podem buscar a justiça como se recorressem a uma espécie de sorteio, que faz com que a decisão ora penda para um lado, ora para outro.

Paulo Nader conceitua segurança jurídica como a “hipótese de o Estado apresentar uma ordem jurídica bem definida, acessível ao conhecimento do cidadão comum e protetora dos direitos humanos fundamentais”⁹¹.

Para Alexy, a segurança jurídica é um princípio formal, que exige um compromisso com aquilo que foi estabelecido autoritativamente e é socialmente eficaz⁹², para ele este seria um princípio essencial para a manutenção de um estado democrático de direito, uma vez que ela pressupõe a proteção dos direitos fundamentais e a garantia destes estaria diretamente associada ao funcionamento do processo democrático:

[...] com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade eles asseguram a existência e o desenvolvimento das pessoas, que são capazes de manter vivo o processo democrático, e [...] com a garantia das liberdades de opinião, de imprensa, de transmissão por radiodifusão, de reunião e de associação, assim como com o direito ao voto e com as outras liberdades políticas eles asseguram as condições de funcionamento do processo democrático⁹³.

Alexy também deixa isso evidente ao considerar que a ocorrência de uma “extrema injustiça” poderia levar ao questionamento do caráter jurídico e, em consequência, da validade jurídica de certo número de normas individuais, o que poderia afetar o que ele chamou de reserva mínima de normas necessária à existência de um

⁹¹NADER, 2020, p. 82

⁹²ALEXY, 2015, p. 312

⁹³ALEXY, 2015, p. 132

sistema jurídico e, para ele, o resultado disso seria um colapso⁹⁴.

O ativismo judicial que tem levado a buscas por soluções fora do ordenamento⁹⁵ tem frequentemente propiciado a troca do discurso jurídico pelo discurso moral midiático e deste fenômeno decorre a insegurança jurídica, que aumenta quando os fundamentos buscados fora do direito estão alicerçados não na razão e em fatos objetivos, mas em construções argumentativas que apelam mais às emoções e às crenças pessoais, em outras palavras, à pós-verdade.

A substituição do direito por essa moral construída dentro do discurso midiático é um problema em si, que se agrava sobremaneira na medida em que a moral se torna ainda mais sujeita à variação no tempo, fenômeno este que ocorre, como já mostrado, em decorrência da perda dos referenciais objetivos e do surgimento de múltiplos pontos de referência, o que afeta, por sua vez, o requisito de que a ordem jurídica deva ser bem definida e acessível ao conhecimento do cidadão comum⁹⁶.

A teoria discursiva de Alexy não abre mão da segurança jurídica, ainda que conceda certa discricionariedade ao magistrado. Segundo Alexy, a finalidade do elemento moral, qual seja, a pretensão de correção, não importando qual o contexto, é sempre de justificabilidade.

Desta maneira, ao ditar uma sentença judicial, não só se afirma que se seguiu o direito promulgado e eficaz, mas também que este direito assim como sua interpretação são moralmente corretos. Observa-se que neste caso o elemento moral é filtrado pelo discurso, pois, para Alexy, quem afirma que algo é correto quer dizer que este algo é susceptível de ser fundamentado, justificado mediante a apresentação de razões⁹⁷.

A propositura das regras do discurso visa, conforme já abordado, a justificação deles, ou seja, o processo pelo qual eles deixam de ser meras construções advindas de um discurso montado para adquirirem juridicidade. A importância da juridicidade dos discursos visa garantir um dos aspectos constitutivos do direito apontado por Alexy, o da legalidade conforme o ordenamento⁹⁸.

⁹⁴ALEXY, 2018, p. 110

⁹⁵BARROSO, 2018, p. 35

⁹⁶NADER, 2020, p. 82

⁹⁷ALEXY, 2015, p. 103

⁹⁸ALEXY, 2018, p. 15

Ressalta-se que quando Alexy somou às delimitações do direito positivo os argumentos racionais derivados do processo discursivo ele encontrou uma forma de limitar o poder discricionário do juiz. Isto posto, quando um juiz apresenta uma solução para o caso concreto que não pode ser extraída do direito positivo ela será testada segundo a sua correção, ou seja, segundo a racionalidade dos argumentos que a embasaram. O legislador, também, está adstrito ao ordenamento e à pretensão de correção moral, ou seja, as normas por ele produzidas precisam obedecer ao ordenamento jurídico e possuir pretensão de correção moral.

Neste ponto, Alexy se distancia muito da teoria de Kelsen, apresentando, uma alternativa mais segura, ao decisionismo judicial e ao voluntarismo diante da produção normativa, logo, mais democrática. A estrita observância das regras do discurso propostas por Alexy se apresenta, deste modo, como um possível antídoto contra a insegurança jurídica decorrente da pós-verdade.

Considerações Finais

Considerando que a pós-verdade é um conceito novo e que o próprio fenômeno social que este conceito busca definir também o é, é de grande importância que seus efeitos sejam estudados e analisados. Conforme apontam os resultados deste estudo, a crescente descrença nas instituições democráticas e o desprezo pelos fatos objetivos representam uma grave crise não só para o direito, mas para a ideia que se tem de estado democrático.

Os resultados obtidos apontam que a pós-verdade pode influenciar o processo legislativo e a aplicação do direito por juízes e tribunais na medida em que ela se apresenta como um deteriorador dos discursos. A pós-verdade influencia a formação da opinião pública por meio do agendamento e a opinião pública, por sua vez, influencia na construção da moral e dos valores compartilhados, que não são estáticos e estão sujeitos a variações no tempo.

Os valores compartilhados influenciam o ordenamento na medida em que o discurso jurídico é substituído pelo discurso moral, sem que haja a adequada justificação deste último, o que frequentemente se observa na busca por soluções fora do ordenamento, sem que haja esforço hermenêutico para aplicar o direito e não a

moral, fenômeno que é característico do chamado ativismo judicial.

Sendo o propósito da presente pesquisa apenas o de compreender de que forma a pós-verdade afeta o campo do direito, não cabe aqui apontar soluções definitivas para o problema, ou sugerir formas radicais de intervenção. É preciso, pois, que seja dada continuidade a esta pesquisa, tendo como novo norte a busca por definir os papéis das instituições democráticas diante da ameaça representada por este novo contexto.

É possível concluir, no entanto, que é no momento do exercício da criação e aplicação do direito que o juiz ou o agente político se deparam com a complexa tarefa de mensurar se a moral norteadora, advinda da opinião pública, está sustentada por fatos, estando, portanto, passível de justificação, ou por meros factoides que precisam ser desconsiderados.

Considerando o desafio posto, conclui-se que para que haja a correta justificação dos discursos morais, é necessário ainda que os juízes, desembargadores e ministros se abstenham do impulso de tentar satisfazer a opinião pública ou de ceder às pressões populares, justificando de forma racional, com a estrita observância das regras do discurso, as suas decisões e escolhas.

Para além do processo legislativo, dos controles de constitucionalidade e da fundamentação das decisões, outro desafio precisará ser enfrentado, será o de buscar o tratamento adequado para as fontes (sejam elas corporações, instituições ou indivíduos) de onde emana o poder (ou os poderes) que produz, fomenta ou tira proveito da pós-verdade e da corrosão que ela provoca na sociedade atual.

Dada a velocidade com que a informação é produzida, reproduzida e decodificada, é urgente a busca por medidas e caminhos que possam reestabelecer a força das instituições democráticas e resguardar a manutenção do sistema jurídico e, conseqüentemente, do um estado democrático de direito.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Trad. de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. O novo constitucionalismo brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

D'ANCONA, Matthew. Pós-verdade: A Nova Guerra Contra os Fatos em Tempos de Fake News. Trad. de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018.

HART, H. L. A.. O conceito de direito. Trad. de Antônio de Oliveira Setta-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIPPMANN, Walter. Opinião pública. Trad. de Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. As relações entre ética, moral e comunicação em três âmbitos da experiência intersubjetiva. Revista Logos 31, 2009. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/logos/article/view/338/295>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MEDEIROS, Armando. Os Perigos da Indiferença à Verdade. Uno, São Paulo, Desenvolvendo Ideias, n. 27, março, 2017.

McCOMBS, Maxwell. A teoria da agenda: A Mídia e a Opinião Pública. Trad. de Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2009.

NADER, Paulo. Filosofia do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PONZILACQUA, Marcio. Ética do discurso. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, 2017. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/144/edicao-1/etica-do-discurso> >. Acesso em: 25 dez. 2018.

PREGO, Victoria. Bolhas Informativas. Uno, São Paulo, Desenvolvendo Ideias, n. 27, março, 2017.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 1999.

ZARZALEJOS, José Antônio. Comunicação, Jornalismo e 'Fact-checking'. Uno, São Paulo, Desenvolvendo Ideias, n. 27, março, 2017.

Ativismo judicial entre justiça dramática e justiça rotineira: a dupla forma de legitimidade das cortes constitucionais em um contexto de democracia de massas

JUDICIAL ACTIVISM BETWEEN DRAMATIC JUSTICE AND ROUTINE JUSTICE: THE DOUBLE FORM OF LEGITIMACY OF CONSTITUCIONAL COURTS IN A CONTEXT OF MASS DEMOCRACY

*Marcela Rodrigues Calixto*¹

*Orientador: Ricardo Martins Spindola Diniz*²

Resumo: O presente trabalho, concentrado no campo do direito constitucional, busca examinar a literatura jurídica que tem se voltado a explicar a emergência do controle concentrado de constitucionalidade e suas relações com o ativismo judicial, notadamente com foco no caso alemão. Parte-se da ideia de que direito e política são práticas distintas, surgindo daí o ativismo judicial, fenômeno controvertido quanto seus pressupostos e utilização. A fim de que as relações mencionadas sejam de fato evidenciadas, analisa-se a forma de emergência do controle concentrado de constitucionalidade, assim como a atribuição das cortes para sua realização, criando um evidente protagonismo, sendo entendida sua atuação como mais uma esfera do poder estatal em busca de bases para governabilidade. Aprofunda-se a diferenciação entre justiça dramática e rotineira, sendo aquela relativa a casos com intervenções de alto perfil e esta atinente a assuntos de menor repercussão, mas com maior possibili-

¹Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Goiás. E-mail: marcelarcalixto@gmail.com.

²Doutorando em Direito pela Universidade de Luxemburgo. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. E-mail: ricardo.ms.diniz@gmail.com.

dade de afetar a vida de cidadãos comuns. Observa-se que as cortes constitucionais agem de maneira ativista, buscando obter apoio junto à opinião popular nesse contexto de constitucionalismo instável, influenciado pela emergência do controle concentrado e da sua atribuição da guarda do texto constitucional, garantindo as bases de sua governabilidade a partir da legitimação carismática.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Justiça Dramática; Democracia de Massas; Controle Concentrado; Governabilidade.

Abstract: The present work, focused on the field of constitutional law, aims to examine the legal literature that has been turned to explain the emergency of judicial review and its relation with judicial activism, notably focused on the German case. It starts from the idea that law and politics are different practices, coming from there judicial activism, controversial phenomenon over its assumptions and utilization. In order to the mentioned relations be in fact pointed out, the form of emergency of judicial review is analyzed, as the attribution of the courts for its accomplishment, creating an evident protagonism, been understood its performance as another sphere of state power seeking out for bases of governability. The differentiation between dramatic and routine justice is deepened, being that one concerning to cases with high profile intervention and this one to subjects with less rebound, but with greater possibility of affecting ordinary citizens life. It is observed that constitutional courts act in an activist way, searching to obtain support by public opinion in this context of unstable constitutionalism, affected by the emergency of judicial review and its attribution for the guard of the constitutional text, ensuring the bases of its governability from charismatic legitimacy.

Keywords: Judicial Activism; Dramatic Justice; Mass Democracy; Judicial Review, Governability.

Introdução

O presente trabalho busca examinar a literatura jurídica voltada a explicar a emergência do controle concentrado de consti-

tucionalidade e suas relações com o ativismo judicial, notadamente com foco no caso alemão.

Aqui, justifica-se a escolha do constitucionalismo alemão para explicar questões relativas à emergência do controle de constitucionalidade pelo fato de que ele é capaz de demonstrar a relação entre o momento histórico em que ganha notabilidade a atuação da corte, bem como a forma como suas decisões chegam ao conhecimento e, mais ainda, à discussão popular.

Inicialmente, demonstra-se primordial delinear aquilo que se entende como ativismo judicial. Para tanto, foi necessária a investigação de qual seu lugar na diferenciação (ou aproximação) entre direito e política, bem como as dificuldades encontradas para sua conceituação, utilização e as formas como é identificado.

Grande parte da bibliografia acerca do tema, embora traga elementos caracterizadores do ativismo judicial, ou possuam uma visão historicista acerca do seu surgimento e de seu evidente destaque a partir da segunda metade do século XX, ainda se mostra deficitária em aprofundar a discussão relativa aos seus mecanismos de atuação, sobretudo tendo em vista sua utilidade enquanto conceito e o momento em que a interpretação passa a se tornar o grande foco da literatura jurídica.

A partir disso, necessário também compreender a maneira como o controle concentrado de constitucionalidade surge, no século XX, como forma de concretização de direitos e garantias instituídos a partir do poder político. As Cortes Constitucionais, a quem foi atribuída a função de zelar pela proteção da ordem constitucional, desempenham uma função que muitas vezes são mais políticas que jurídicas.

São buscados, então, os motivos justificadores da atividade comumente rotulada ativista das cortes. Qual o interesse de o Poder Judiciário, nesse contexto da emergência do controle concentrado, em atuar de maneira a defender determinados interesses? Qual o motivo de as cortes constitucionais, instituídas a partir das constituições sociais do pós-guerra, serem consideradas ativistas?

As respostas para essas perguntas serão buscadas, sobretudo, em uma ótica aplicada a um contexto de democracia de massas, em que o Estado tem buscado bases para sua governabilidade, o que é perceptível também em uma clara comunicação entre os Poderes.

Para tanto, será utilizada, a título exemplificativo – e tam-

bém explicativo – a experiência da Corte Alemã no pós-guerra, tendo em vista a Lei Fundamental de 1945 e a forma como as bases de legitimação do poder estatal se relacionam com a atuação vasta do Poder Judiciário.

Por fim, busca-se elucidar a relação existente entre o ativismo judicial e a busca por governabilidade. Essa análise será feita tendo em vista a existência de duas faces distintas da justiça: a dramática e a rotineira. O que se tenta entender é como e porque alguns casos têm mais repercussão que outros, e a razão pela qual lhes é dada maior importância no cenário jurídico.

Feita, então, a pesquisa de todos os elementos envolvidos na relação entre ativismo judicial, democracia de massas e governabilidade, resta compreender a existência, ou não, de uma legitimação carismática a partir da atuação das cortes constitucionais e como elas traduzem um cenário judicial de inconsistência e de seletividade.

1. Ativismo judicial: Entre Direito e Política

1.1. Pressupostos e utilização do conceito de ativismo judicial

A emergência de discussões acerca das relações entre direito e política perpassam, necessariamente, por debates relativos ao ativismo judicial. A atuação dos magistrados nas mais variadas esferas do Poder Judiciário, sobretudo quando se trata dos julgamentos de casos com maior repercussão ou referentes a temas entendidos como polêmicos é, cada vez mais, analisada a partir da suspeita de uma possível atuação consequencialista, voltada a satisfazer determinados fins. “Torna-se cada vez mais comum a percepção de que o Judiciário tem ultrapassado as fronteiras de sua autoridade constitucional, porque, em vez de ser um mero intérprete, ele tem elaborado normas sob o pretexto de aplicá-las.”³

Naturalmente, espera-se uma diferenciação entre as bases norteadoras do direito e da política, sendo o direito orientado para a tomada de decisões com fundamento em regramentos e princípios e a política voltada para satisfação de finalidades específicas. A

³COSTA, 2013, p. 11.

aplicação do direito, então, teria, em tese, como esteio, a busca por elementos internos do sistema jurídico, enquanto a política seria a atividade a abranger diversos fundamentos, como a opinião popular, por exemplo. “Nesse contexto, o Judiciário seria uma organização burocrática; o Direito, um conjunto de regras; e a Política, uma atividade que envolve a tomada de decisões em nome da coletividade.”⁴

Não obstante, ainda que a literatura jurídica tenha se voltado a compreender o fenômeno do ativismo judicial, sua conceituação se mostra tormentosa. Sua natureza jurídica, bem como a forma como deve ser utilizado ainda são debatidos. O que é unívoco, todavia, são as controvérsias envolvendo sua adequação às mais diversas situações relativas à atuação do poder judiciário, notadamente com relação a questões constitucionais.

Ativismo judicial é um termo que tem sido utilizado para apreciar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas. O termo tem distintas designações, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juízes, ou ainda tendência das decisões judiciais em conjunto. Tal como o seu oposto, a contenção judicial, ele tem sido criticado por sua ambiguidade, dificuldades de utilização para analisar e classificar decisões particulares e carga valorativa. As controvérsias sobre sua utilidade foram acompanhadas de tentativas de teorização e refinamento conceitual em diversas disciplinas.⁵

Como bem destaca o autor, designar, com precisão, aquilo que se entende como ativismo judicial tem sido difícil para os estudiosos do assunto. Aqui, ainda cabe ressaltar que, para se compreender o que é ativismo judicial, bem como em que momento ele aparece e qual sua posição no estudo da relação entre direito e política, é importante entender o judiciário como um poder, em tese, independente, que existe justamente para impedir que as questões políticas do estado preponderem sobre os direitos individuais.

O Judiciário teria missão e forma de atuação claramente definidos: a solução de litígios concretos e a interpretação das leis por meio da aplicação da norma geral a cada caso particular. Esse modelo implicaria a contenção dos

⁴COSTA, 2013, p. 10.

⁵KOERNER, 2013, p. 69.

juízes, uma vez que se supunha que situações de inovação e incerteza seriam raras, para as quais eram previstos procedimentos excepcionais de decisão. O parâmetro é associado a um processo civilizatório no qual uma forma modelar de Constituição teria sido conformada pelas lutas do liberalismo europeu contra o absolutismo monárquico e incorporada à organização constitucional do país desde a Independência. O juiz aparece como um agente civilizador, instituído como poder separado para assegurar a realização do direito ao limitar os excessos dos demais poderes do Estado e julgar litígios.⁶

A atuação do Poder Judiciário, então, pressuporia um afastamento do juiz, e, portanto, de sua interpretação, de qualquer atividade política, devendo ser assegurada sua independência completa do restante do poder estatal. Aos julgadores cabe atuar com a devida imparcialidade, bem como deveria ser o próprio judiciário um poder independente, livre de interferências externas e de determinações políticas e ideológicas. O que ocorre, no entanto, sobretudo no pós-guerra, na segunda metade do século XX, é uma tentativa de legitimação desse poder por meio das decisões judiciais, conforme será aprofundado no tópico seguinte.

Isso porque “a atividade interpretativa precede historicamente a própria função legislativa, na medida em que a necessidade de interpretar e aplicar as leis costumeiras é anterior ao próprio desenvolvimento de instituições públicas com autoridade para legislar”⁷. Não obstante, observa-se que as discussões acerca de ativismo judicial – e, por óbvio, da atividade interpretativa, bem como da separação ou aproximação entre direito e política – apenas começaram efetivamente mais recentemente, a partir do século XX.

Embora essa relevância política da atividade interpretativa não tenha sido uma invenção do século XX, foi nele que a interpretação judicial ganhou especial relevância e se consolidou mundialmente a autoridade das Cortes para interpretar diretamente o texto constitucional e fazer julgamentos com efeitos erga omnes.⁸

⁶KOERNER, 2013, p. 71.

⁷COSTA, 2013, p. 18-19.

⁸COSTA, 2013, p. 26.

E foi justamente neste mesmo período que a palavra ativismo judicial apareceu, pela primeira vez, ao público. À ocasião, não fora um advogado ou jurista quem utilizou o termo, mas sim apareceu em uma revista.

Poderia se esperar que o termo “ativismo judicial” teria aparecido pela primeira vez em uma respeitada discussão entre juízes, ou em um produtivo artigo de uma revista jurídica. [...] No entanto, de alguma forma apropriadamente, o primeiro uso do termo a atrair substancial atenção do público ocorreu em uma revista popular, num artigo destinado a um público geral, escrito por alguém que não era advogado. Arthur Schlesinger Jr. introduziu o termo “ativismo judicial” ao público num artigo na revista *Fortune* em janeiro de 1947. [...] O artigo caracterizava os ministros Black, Douglas Murphy e Rutlege como “Ativistas Judiciais” e os ministros Frankfurter, Jackson e Burton como os “campeões da moderação”.⁹

A partir disso, é possível perceber que, a partir desse momento histórico, a opinião pública passou a ter mais acesso – ou maior interesse – a questões referentes a decisões, inclusive às decisões das cortes constitucionais, o que demonstra não se tratava mais de casos importantes para o direito: agora estavam estampados para toda o restante da população.

1.2. *Ativismo judicial como instrumento para a luta política*

Com efeito, percebe-se que, embora a interpretação tenha

⁹KMIEC, 2004, p. 1445-1446. “One might expect that the term ‘judicial activism’ first appeared in a respected judge’s dissent, or in a seminal law review article. This does not appear to be the case. Rather, somewhat fittingly, the first use of the term to attract substantial attention from the public occurred in a popular magazine, in an article meant for a general audience written by a non-lawyer. Arthur Schlesinger Jr. introduced the term ‘judicial activism’ to the public in a *Fortune* magazine article in January 1947. [...] The article characterized Justices Black, Douglas, Murph, and Rutlege as ‘Judicial Activists’ and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the ‘Champions of Self Restraint.’” Essa e as demais traduções deste texto são dos próprios autores.

sido, desde o surgimento do direito, fenômeno que atinge tanto as esferas do direito como da política, nota-se que houve uma mudança em sua compreensão no século XX. Com a atividade interpretativa ganhando mais destaque, seus efeitos também se mostraram mais relevantes aos olhos tanto dos juristas, como também da opinião popular acerca das decisões judiciais, ascendendo, portanto, a discussão sobre ativismo judicial.

Neste ponto, é possível constatar que foi esse o mesmo período de promulgação das constituições sociais e, conseqüentemente, da designação de Cortes Constitucionais para a proteção de suas garantias. Com o advento do controle de constitucionalidade – sobretudo o concentrado – a atividade interpretativa ganhou novas repercussões na vida social.

A introdução do controle de constitucionalidade com um caráter político, portanto, emergiu como uma resposta natural, e a ideia de uma corte superior controlando o sistema político levantou um movimento evidentemente inevitável. A judicialização da Constituição se transformou na judicialização da política.¹⁰

A Constituição como meio de garantias e as Cortes Constitucionais como instrumento para efetivação delas representou uma evidente aproximação – e uma certa confusão – entre direito e política.¹¹ Todavia, é importante ressaltar que, para Carl Schmitt, não é possível dizer que as Cortes seriam, de fato, guardiões da constituição.

É, portanto, errado descrever como guardiões da constituição todos os vários órgãos e pessoas que podem, por meio de sua recusa ocasional em aplicar leis inconstitucionais ou por meio de sua recusa em obedecer ordens inconstitucionais, contribuir para uma situação na qual a constituição é

¹⁰BENVINDO, 2010, p. 53. “The introduction of judicial review with a political character, therefore, emerged as a natural response, and the idea of a higher court controlling the political system arose as an evident ineluctable ovement. The juridification of the Constitution became the juridification of politics.”

¹¹Acerca desse tema, será melhor esclarecido no próximo tópico deste artigo.

respeitada e nenhum interesse protegido pela carta constitucional é violado.¹²

Nesse contexto, a tomada das decisões judiciais pelas cortes não ocorreriam, portanto, apenas para que a constituição fosse protegida. Ao contrário, o direito seria um instrumento para a luta política, uma forma de defesa de interesses particulares ou de determinados grupos e, então, uma interpretação realizada sob o pretexto de proteção de garantias ou princípios elencados no texto constitucional seria, assim, ativista, utilizando-se o processo decisório como uma forma de efetivação da política e uma maneira de atingir determinados fins.

Parece natural identificar a decisão de todas as questões políticas por meio do emprego da atuação judicial com o ideal do Estado de Direito e negligenciar que tal expansão em questões que não são judiciais pode apenas danificar a adjudicação. A consequência, como já mostrei várias vezes no que diz respeito a questões de direito constitucional e internacional, não seria a judicialização da política, mas sim a politização da adjudicação.¹³

E ainda questiona o autor:

Consequentemente, devemos inicialmente perguntar a seguinte questão: quão longe é mesmo possível constituir o guardião da constituição na esfera da adjudicação? É possí-

¹²SCHMITT, 2015, p. 90. “It is therefore wrong to describe as guardians of the constitution all the many organs and people who can, through their occasional refusal to apply unconstitutional statutes or through their refusal to obey unconstitutional orders, contribute to a situation in which the constitution is respected and no interest protected by constitutional statute is violated.”

¹³SCHMITT, 2015, p. 90-91. “It seems natural to identify the decision of all political questions through the employment of judicial procedure with the ideal of the rule of law and to overlook that such an expansion into matters that are not justiciable can only damage adjudication. The consequence, as I have shown several times with respect to questions of constitutional as well as international law, would not be a juridification of politics but rather a politicization of adjudication.”

vel, em princípio, que o funcionamento da guarda da constituição seja realizado na forma decisória? E seria tal atividade das cortes, mesmo que seu exercício fosse cercado pelo aspecto do procedimento judicial, ainda ser jurisdição em sentido real e o procedimento judicial ser mais que uma capa enganosa para diferente e presumivelmente poderes altamente políticos?¹⁴

A resposta para as indagações encontra respaldo no fato de que o as decisões tomadas pelas cortes constitucionais, sob o pretexto de resguardar o conteúdo do texto constitucional, são apenas instrumentos utilizados pelo direito para a efetivação de interesses políticos. Ou seja, as decisões judiciais tomadas seriam uma maneira de utilizar-se da forma entendida como adjudicação, mas como um meio de se atingir determinados fins e isso seria, portanto, o que se entende por ativismo judicial.

Além da historicidade do termo, de sua indefinição e seu consequente uso como uma forma de realização de interesses políticos, indaga-se também, no estudo do fenômeno denominado ativismo judicial, quais seriam os limites da interpretação para que restasse caracterizado.

Se a função dos juízes é política, ela é estabelecida politicamente, a partir de composições de interesses realizadas no interior da sociedade. Existem limites políticos para a atuação judicial, mesmo que eles não possam ser identificados de forma imediata, com limites jurídicos. [...] Decisões políticas de caráter cada vez mais polêmico são decididas por meio do discurso judicial de interpretação. Mas esse trânsito é mais bem compreendido como um incremento no protagonismo político do Poder Judiciário ou como uma judicialização in-

¹⁴SCHMITT, 2015, p. 95. “Consequently, we must initially ask the following question: how far is it possible at all to constitute the guardian of the constitution within the sphere of adjudication? Is it possible, in principle, for the function of guardianship of the constitution to be performed in adjudicative form? And would such an activity of courts, even if its exercise was surrounded by the appearance of judicial procedure, still be jurisdiction in the substantive sense and the judicial procedure be more than a misleading cloak for different and presumably highly political powers?”

devida da Política?¹⁵

Assim, os limites a serem delimitados a fim de restringir a interpretação não seriam jurídicos, mas sim políticos, uma vez que se entende que qualquer interpretação deriva de interesses construídos, pela sociedade ou por determinado grupo. Mas qual seriam, então, os limites da interpretação, entre a própria tarefa rotineiramente desempenhada pelos juízes e o que se entende por ativismo judicial, qual seja a extrapolação da atribuição do Poder Judiciário? A resposta em questão será dada nos próximos tópicos deste artigo. Por ora, deve-se ter em mente que delimitar os limites do ativismo judicial envolve muito mais a compreensão do uso do direito como efetivação de interesses políticos, que com a delimitação da atividade judiciária.

2. Controle concentrado de constitucionalidade e democracia de massas

2.1. Caso alemão: controle concentrado como base da governabilidade

Após a decadência dos regimes de vertente totalitária na Europa, no período chamado pós-guerra, a preocupação em se efetivar direitos e garantias, individuais e coletivos, resulta em constituições sociais, bem como atribuem às cortes constitucionais a tarefa preponderante de impedir qualquer violência ao seu texto. “Doutrinariamente, o paradigma pós-guerra implementa compromissos nacionais para a proteção dos direitos humanos básicos por meio de testes de proporcionalidade licenciados por cláusulas de limitações explícitas (ou às vezes implícitas).”¹⁶

Na Alemanha, a fim de contrapor o autoritarismo do regime nazista – e evitar seu retorno – o controle concentrado de constitucionalidade surge como uma resposta espontânea, conforme men-

¹⁵COSTA, 2013, p. 28.

¹⁶TUSHNET, 2009, p. 986. “Doctrinally, the postwar paradigm implements national commitments to the protection of basic human rights through proportionality tests licensed by explicit (or sometimes implicit) limitations clauses.”

cionado no tópico anterior.

A BVG apareceu como a instituição apropriada para reconstruir as ordens legal e social, favorecida por um movimento encabeçado por juristas e juízes que foram antes compelidos pelo autoritarismo e legalidade do regime de Hitler e pelo ceticismo sobre a capacidade da própria Lei Fundamental, um resultado da atividade legislativa, para evitar o retorno do autoritarismo. Além disso, o argumento ainda existente de que o controle de constitucionalidade contribuiu para o desmantelamento do República de Weimar converteu-se na conclusão de que esse resultado aconteceu em virtude da despolitização da justiça.¹⁷

A nova estrutura constitucional advinda com a Lei Fundamental em 1945 na Alemanha trouxe ao Estado Democrático, agora reestabelecido, a instituição do direito como condição para a governabilidade. As constituições da Europa Ocidental advindas desse período, assim como sua proteção, realizada, em tese, pelas Cortes, seriam utilizadas, portanto, como o meio capaz de conferir ao poder estatal a legitimidade necessária, por trás do formalismo contido na ordem jurídica. “Essas constituições representaram padrões alternativos de resposta à corrosão do Estado e ao esgotamento do poder político relativo a sociedades expostas à governança fascista”¹⁸.

O início de suas atividades, em 1951, é certamente a introdução de um novo estágio no constitucionalismo alemão, mas também é o nascimento de uma reorganização de poderes

¹⁷BENVINDO, 2010, P. 53. “The BVG appeared as the appropriate institution to reconstruct the legal and social order, favored by a movement headed by jurists and judges who were before compelled by the authoritarian legality of Hitler’s regime and by the skepticism about the capacity of the Basic Law itself, an outcome of legislative activity, to avoid the return of authoritarianism. Besides, the still existing argument that judicial review contributed somehow to the dismantlement of the Weimar Republic converted into the conclusion that this outcome happened in virtue of the depoliticization of justice.”

¹⁸THORNHILL, 2011, p. 329. “These constitutions represented alternative patterns of response to the corrosion of statehood and the depletion of political power affecting societies exposed to fascist governance.”

e autoridade, que corresponde à configuração de uma corte constitucional que se concentra no julgamento de questões principais da vida social ao interpretá-las como problemas de direitos constitucionais. Esse nascimento, como a frase bem expõe, poderia também alimentar-se de uma certa desconfiança em face da democracia; é uma sequência a um período de crise, quando um vácuo institucional coexistiu com um sentimento por uma reconstrução rápida das ordens legal e social. Uma instituição teve que assumir esse complexo papel que já estava sendo traçado quando ela começou a atuar, mas ficou mais evidente com o passar dos anos: a corte não apenas seria guardiã da constituição; ela seria, em verdade, guardiã dos valores sociais, um dever necessário supostamente natural que seguiu a expansão de uma atitude mais intervencionista do estado e o escopo de prover benefícios e serviços também através da adjudicação.¹⁹

Como resultado da emergência das constituições sociais, o Poder Judiciário, principalmente as Cortes, passa, assim, a ter uma função política, destinada à garantia da ordem social. “De fato, essas constituições atribuíram funções políticas vastas ao judiciário, e elas frequentemente identificaram juizes como guardiões da vontade política do povo, isto é, como órgãos instrumentais do executivo”.²⁰ A instituição de Cortes Constitucionais dotadas de poder emi-

¹⁹BENVINDO, 2010, p. 49. “The beginning of its activities, in 1951, is certainly the introduction of a new stage in German constitutionalism, but it is also the birth of a radical rearrangement of powers and authority, one that corresponds to the configuration of a constitutional court that concentrates on itself the judgment of the main questions of social life by interpreting them as problems of constitutional rights. This birth, as the sentence well exposes, might also feed itself on a certain mistrust in the face of democracy; it is a sequel to a period of crisis, when an institutional vacuum coexisted with a feeling for a necessary rapid reconstruction of the social and legal order. One institution had to assume this complex role that was already been drafted when it started to act, but it became more evident over the years: the court would not only be the guardian of the Constitution; it would be, in truth, the guardian of the social values, a supposedly natural necessary duty that followed the expansion of the state’s more intervenient attitude and the scope of providing benefits and services also through adjudication.”

²⁰THORNHILL, 2011, p. 327. “Indeed, these constitutions ascribed far-re-

nentemente político, e de atuação como garantidora de direitos e da vontade popular, seria, então, a forma encontrada pelo Estado como elemento estrutural da base de sua governabilidade.

Popularidade, afinal de contas, não necessariamente significa legitimidade democrática. Mas essas características revelam que a BVG age em meio a uma responsabilidade política relativamente ao futuro e a crença, embora existente, na aceitação social de suas decisões, o que supostamente confere a ela legitimidade e proporciona a ela um vasto campo de argumentos como forma não apenas de evitar o retorno do autoritarismo, mas também de promover a democracia expressando, por meio da tomada de decisões, os mais altos padrões e virtudes de uma sociedade em necessidade de reconstrução de sua consciência, devastada pelo passado autoritário.²¹

2.2. Democracia de massas e a busca por legitimidade

A forma de tomada de decisões pelas cortes, e, tendo como evidência, neste ponto, a corte alemã, (e como se norteia ainda hoje, levando-se em consideração toda a discussão levantada acerca do ativismo judicial) indica que as bases norteadoras da adjudicação não seriam, portanto, argumentos jurídicos, baseados no próprio sistema legal ou em ponderação de princípios e normas. Dessa forma, as cortes

ching political functions to the judiciary, and they often identified judges as custodians of the political will of the people that is, as instrumental organs of the executive.”

²¹BENVINDO, 2010, p. 56. “Popularity, after all, does not necessarily mean democratic legitimacy. But these characteristics reveal that the BVG acts in the middle of a political responsibility towards the future and the belief, indeed existing, in the social acceptance of its decisions, which supposedly bestows on it legitimacy and provides it with a vast field of arguments as a way to not only avoid the return of authoritarianism, but also promote democracy by expressing, through decision-making, the highest standards and virtues of a society in need of rebuilding its conscience devastated by the authoritarian past.”

[...] ganham uma estrutura material que é ligada à consciência axiológica aparentemente acumulada e percebida a partir da sociedade, resultando em uma mudança de foco de desenvolver um sistema de normas e garantias legais consistentes e confiáveis para o interesse de prover respostas aos problemas passados e futuros da sociedade. A adjudicação, como consequência, torna-se uma tarefa em perspectiva de achar uma solução ao problema social com uma atitude ativa e intervencionista, sem, contudo, ser seguida por uma maneira de argumentar conceitualmente esclarecida e estruturada que pretende reforçar um sistema de normas legais coerentes.²²

Observa-se, pois, que o sistema judiciário, e a corte, a qual supostamente ocuparia o papel de guardião do texto constitucional, não busca nos meios propriamente jurídicos de tomada de decisão, isto é, analisando princípios e regramentos jurídicos, o seu reforço e sua legitimidade. Em verdade, a forma de legitimação do processo decisório, e, claro, das decisões dele resultantes, encontra amparo externo, inclusive advindo de outras esferas do poder estatal. Dessa maneira, tal poder passou a possuir uma outra estrutura.

A esse respeito, a corte criou uma estrutura de legitimação na qual o estado poderia retirar seu poder da disputa incessante e refletir sua autoridade como segura sob normas formalmente extraídas. A construção da Corte Constitucional como guardião de direitos, em suma, realizou a função benéfica que permitiu ao estado a conjecturar a lei como uma condição normativa estável de sua legitimidade, para que expressar suporte legal pudesse ser invocado para implementar decisões políticas contestadas.²³

²²BENVINDO, 2010, p. 57-58. “[...] gain a material structure that is bound to the axiological conscience seemingly gathered and apprehended from society, resulting in the change of focus from developing a consistent and reliable system of legal norms and guarantees to the interest in providing responses to the present and future problems of society. Adjudication, as a consequence, becomes a prospective task of finding a solution to a social problem with an interventionist and active attitude, without nonetheless being followed by a conceptually clarified and structured manner of argumentation that intends to reinforce a system of coherent legal norms.”

²³THORNHILL, 2011, p. 339. “In this respect, the court created a legitimating framework in which the state could withdraw its power from incessant

Ocorreu uma tentativa de aproximação da corte da opinião pública. Nesse ponto, o que estaria em destaque como prioridade para a atuação da corte não seria, de fato, a efetivação de direitos e garantias contidos na lei maior.

Direitos básicos não são mais determinações ligadas à prática civil do discurso e aos instrumentos de proteção a serem reforçados pelo judiciário contra o aparato administrativo. Em vez disso, eles adquirem um teor moralizador que pode, paradoxalmente, harmonizar interesses desse mesmo aparato administrativo expressando a ideia abstrata de representar valores compartilhados por uma comunidade.²⁴

Em suma, as cortes constitucionais, advindas desse período histórico destacado, mas, ainda hoje, atuantes enquanto garantidoras da constituição, possuem um papel determinante nas democracias. A tomada de decisões baseia-se primordialmente nos direitos e garantias cultivados socialmente, tendo a efetiva guarda da constituição, em verdade, um papel relativamente secundário. Isso porque, ao trazer à mais notável instância do poder judiciário questões sensíveis de direitos sociais e individuais, o estado se aproveita para, mais uma vez, construir as bases de sua governabilidade.

3. Ativismo judicial e governabilidade

3.1. *Justiça dramática e justiça rotineira*

contest and reflect its authority as secured under formally extracted norms. The construction of the Constitutional Court as a custodian of rights, in short, performed the beneficial function that it enabled the state to presuppose the law as a stable normative condition of its legitimacy, so that express legal support could be invoked to implement contested political rulings.”

²⁴BENVINDO, 2010, p. 59. “Basic rights are no longer determinations linked to the civic practice of discourse and the protective instruments to be enforced by the judiciary against the administrative apparatus. Rather, they acquire a moralizing content that can, paradoxically, harmonize interests of this same administrative apparatus by expressing the abstract idea of representing the values shared by a community.”

Como já foi visto, o ativismo judicial é, na verdade, o próprio espaço existente entre direito e política. É a efetivação da política, sendo utilizado como instrumento o direito. No contexto das democracias de massa, o ativismo judicial busca as bases da governabilidade para o poder estatal, ainda que o poder judiciário devesse estar de fora das questões políticas e ideológicas.

A partir disso, Boaventura de Sousa Santos traz ao debate relativo ao ativismo judicial a diferenciação entre a justiça dramática e a justiça rotineira:

Mas a visibilidade social das cortes na Europa reside do mesmo tanto em suas realizações e em suas falhas. De fato, as intervenções de alto perfil das cortes em casos políticos e de alto perfil – o que eu chamarei de justiça dramática – contribuiu para aguçar o contraste com o funcionamento cotidiano das cortes – a justiça rotineira – a atividade judicial que é mais provável de afetar cidadãos comuns.²⁵

A justiça dramática, portanto, seria os casos com maior repercussão político-social, a que a própria corte daria maior destaque e faria, assim, as intervenções chamadas pelo autor de “alto perfil”. Já a justiça rotineira estaria estampada em casos que digam respeito a assuntos do cotidiano, sem grandes polêmicas ou notoriedade.

A judicialização da política coexiste com uma maior distância e uma mais alta desconfiança dos cidadãos cara a cara com o sistema judicial. A discrepância entre a justiça dramática do alto perfil do ativismo judicial e a justiça rotineira das operações do dia a dia do sistema judicial é adequadamente mais larga.²⁶

²⁵SANTOS, 1999, p. 53. “But the social visibility of the courts in Europe resides as much in their accomplishments as in their failures. Indeed, the high-profile interventions of courts in high profile and political cases – what I shall call th dramatic justice – has contributed to sharpen the contrast with the everyday functioning of courts – the routine justice – the judicial activity that is most likely to affect ordinary citizens.”

²⁶SANTOS, 1999, p. 54-55. “The discrepancy between the dramatic justice of high profile and the routine justice of everyday operations of the judicial system is accordingly wider.”

Interessante observar que, como destaca Santos, a justiça rotineira é a mais provável de afetar cidadãos comuns, atinentes a matérias do dia-a-dia do homem médio. Inobstante, os olhos e a atenção das massas se volta, de fato, aos casos escolhidos a dedo, propositalmente colocados em destaque pela própria Corte, a fim de, conforme dito anteriormente, ganhar a aprovação da opinião pública e, portanto, reforçar as bases da governabilidade estatal e da legitimidade da Corte Constitucional como realizadora de direitos. “O sistema judicial, portanto, injeta legitimidade no pacto democrático de um estado enfraquecido pela erosão das condições que o haviam sustentado até aqui”²⁷.

No mesmo sentido que delineado por Thornhill e Benvenuto, Santos também aponta a emergência das cortes, sobretudo nos países que sofreram com regimes autoritários, embora trate de outro período histórico, como um meio de legitimação democrática, sendo as intervenções de alto perfil usadas justamente para esse fim.

A natureza política do crescente foco no Estado de Direito e no sistema judicial confere maior complexidade e ambiguidade ao seu impacto na forma do estado, senão por outra razão porque as políticas e as sociedades com que estamos lidando são muito distintas. Algumas delas emergiram recentemente de longas ditaduras de vários tipos e o alto perfil das cortes é parte e parcela da transição democrática. Muitas vezes, o protagonismo judicial é devido ao ativismo das cortes constitucionais.²⁸

A existência da diferenciação, por parte das cortes constitucionais, entre justiça dramática e justiça rotineira, por si só, confirma a forma como agem de forma evidentemente ativista. O ativismo

²⁷SANTOS, 1999, p. 69. “The judicial system thus injects legitimacy into the democratic social pact of a state enfeebled by the erosion of the conditions that had hitherto sustained it.”

²⁸SANTOS, 1999, p. 69. “The political nature of the growing focus on the rule of law and the judicial system renders more complex and ambiguous its impact on the form of the state, if for no other reason because the politics and societies we are dealing with are very distinct. Some of them have recently emerged from long-term dictatorships of various sorts and the high profile of courts is part and parcel of the democratic transition. Very often judicial protagonism is mainly due to activism of the constitutional courts.”

judicial, sendo entendido como a atuação política dos julgadores, aparece quando estes começam a proceder com a adjudicação a partir de legitimações externas, em vez de se valer de elementos próprios do processo decisório, a fim de dar a melhor solução jurídica ao caso.

Pouco a pouco, a base para a governabilidade vai sendo construída por meio da atuação ativista da corte. “O caráter ambíguo, relativamente imprevisível e fragmentado da intervenção das cortes é particularmente funcional quando as forças políticas não tenham sido capazes de alcançar um acordo político.”²⁹

Esse protagonismo judicial das cortes, levando em conta a existência de diferentes tipos de intervenção para diferentes casos, traduz-se em um cenário de inconsistência e seletividade.

Por outro lado, em várias oportunidades nas quais essa corte poderia decidir em favor de uma interpretação consistente do sistema legal, impondo-a contra provisões governamentais e legislativas arbitrárias e inconstitucionais, ela não ofereceu nenhuma resistência, usando, além disso, a ideia de equilibrar como um meio de justificar uma notável decisão política. Equilibrar, portanto, surgiu como um argumento ou para uma atitude mais interveniente no que diz respeito aos outros poderes institucionais ou, em vez disso, para uma sutil validação de medidas evidentemente inconstitucionais.³⁰

Assim, a corte pode tanto agir de maneira a ultrapassar o texto constitucional e atuar ativamente, superando aquilo que está positivado e até mesmo indo contra atos de outros poderes e geran-

²⁹SANTOS, 1999, p. 69. “The ambiguous, relatively unpredictable and piecemeal character of the courts’ intervention is particularly functional whenever the political forces have not been able to reach a political compromise.”

³⁰BENVINDO, 2010, p. 116. “On the other hand, in many opportunities in which this court could decide in favor of a consistent interpretation of the legal system, enforcing it against arbitrary governmental and legislative unconstitutional provisions, it did not offer any resistance, using, moreover, the idea of balancing as a means to justify a noticeable political decision. Balancing, therefore, appeared as an argument either to a more intervenient attitude with regard to the other institutional powers or, rather, to a lenient validation of evident unconstitutional measures.”

do discussão acerca da afronta à separação deles, como pode também, em situações em que se julgue necessário em razão da necessidade de equilibrar as forças políticas com outros poderes, deixar que sejam tomadas decisões manifestamente inconstitucionais. A inconsistência do sistema se dá pela variação da atuação das cortes a depender dos interesses em jogo. A seletividade é vista quando são trazidos com maior enfoque casos a que já no processo decisório se confere mais importância.

3.2. *Legitimação carismática e legitimidade democrática*

Relativamente à forma de legitimação buscada pelas cortes nesse processo de busca por governabilidade, percebe-se uma relação com o pensamento de Max Weber no que diz respeito a dois modos distintos de legitimação, que seriam a legitimação racional-burocrática e a legitimação carismática. Segundo o autor:

O princípio basicamente autoritário da legitimação carismática pode ser sujeito a uma interpretação antiautoritária, porque a validação da autoridade carismática repousa inteiramente no reconhecimento do dominado, na “prova” diante dos seus olhos. Para ter certeza, esse reconhecimento de uma pessoa carismaticamente qualificada e, portanto, legítima, é tratado como dever. Mas quando a organização carismática passa por uma racionalização progressiva, é prontamente possível que, em vez de a identificação ser tratada como uma consequência da legitimidade, ela é tratada como as bases da legitimidade: *legitimidade democrática*.³¹

Assim, a percepção da legitimidade, do carisma, é requisito essencial, ao contrário do que seria percebido em uma relação lógica, para que essa legitimidade, de fato, ocorra. Para que a legi-

³¹WEBER, 1978, p. 266-267. “The basically authoritarian principle of charismatic legitimation may be subject to an anti-authoritarian interpretation, for the validity of charismatic authority rests entirely on the recognition of a charismatically qualified, and hence legitimate, person is treated as a duty. But when the charismatic organization undergoes progressive rationalization, it is readily possible that, instead of recognition being treated as a consequence of legitimacy, it is treated as the basis of legitimacy: democratic legitimacy.”

timidade seja reconhecida e para que determinado indivíduo seja compreendido como um líder carismático, é fundamental que seja reconhecido como tal, estabelecendo-se, pois, as bases da legitimidade democrática.

A legitimação carismática, então, ultrapassaria a figura do líder. “Uma vez que o princípio eletivo tem sido aplicado ao líder por uma reinterpretação do carisma, ele pode ser estendido aos funcionários da administração.”³²

A consequência dessa forma de legitimação, e, principalmente, do seu uso como forma de legitimidade democrática, são graves e imensuráveis, como destaca Weber:

Isso resultará em uma administração da justiça emancipada dos procedimentos formais, como acontece em tribunais revolucionários, racionamento de tempo de guerra e em outros casos de produção e consumo limitados e controlados. Essa tendência, que não é de forma nenhuma limitada ao tipo socialista moderno, será dominante na medida em que o líder é um “ditador social”. As causas e consequências desse tipo ainda não podem ser discutidos.³³

Assim, em um contexto de democracia de massas, a legitimação carismática, ou seja, a aprovação popular, se traduz em legitimidade democrática, tendo em vista, sobretudo, se tratar de contextos de constitucionalismo instável, em que as cortes constitucionais se tornam responsáveis por transformar a realidade social. A “ditadura social” a que se refere o autor traduz-se na atuação ativista das cortes visando a atenção das massas.

³²WEBER, 1978, p. 267. “Once the elective principle has been applied to the chief by a reinterpretation of charisma, it may be extended to the administrative staff.”

³³WEBER, 1978, P. 269-270. “This will result in na administration of justice emancipated from formal procedures, as it háppens under revolutionary tribunals, war-time rationing and in other cases of limites and controlled production and consumption. This tendency, which is by no means confined to the modern socialist type, will be dominant insofar as the leader is a “social dictator”. The causes and consequences of this type cannot yet be discussed.”

Conclusão

Das reflexões apontadas no presente trabalho é possível compreender o ativismo judicial como um conceito tormentoso, indefinido e instrumental. Não obstante, seu estudo revela-se de imprescindível importância, tendo em vista que direito e política, embora pressuponham, em tese, práticas distintas, se confundem quando o judiciário atua para satisfazer a determinados fins políticos.

A interpretação, embora seja prática tão antiga – ou ainda mais antiga – quanto o próprio direito, passou a ganhar maior destaque a partir do século XX. Assim, ainda que o ativismo judicial, entendido como uma utilização do direito como instrumento político, já existisse, apenas recentemente iniciou-se o estudo atinente ao fenômeno, o que é visto, sobretudo, quando se observa a primeira vez que é apresentado, com maior destaque, ao público. Nesse ponto, o próprio aparecimento do termo na revista *Fortune*, e não em uma revista jurídica ou por um jurista qualquer, já dá indícios de que a questão do ativismo judicial se relaciona intimamente com a opinião pública e com a chamada democracia de massas.

Aliás, observando-se o caso alemão, e levando em consideração a bibliografia analisada – e neste ponto principalmente de Benvido –, depreende-se que, num momento imediatamente posterior ao fim da guerra e de um regime totalitário, a constituição social é vista como o instrumento da proteção estatal. Assim, sendo a corte a guardiã da constituição, e tendo a palavra final sobre a interpretação dos direitos e garantias estampados nesse texto constitucional, transforma os direitos sociais em direitos socialmente aplicados.

Isso significa que, com a emergência do controle concentrado de constitucionalidade, a interpretação da constituição não se realizaria para o fim de protegê-la. Em verdade, o direito, por meio de uma atuação ativista das cortes, seria utilizado, como se depreende da obra de Schmitt, como instrumento para a luta política, para a defesa de interesses particulares ou de grupos específicos, ocorrendo, nesse caso, não a judicialização da política, mas a politização do processo decisório, do qual seria apropriado o formalismo para embasar decisões de cunho manifestamente político.

Ademais, o controle concentrado de constitucionalidade, sobretudo após um período de regime autoritário, é também utiliza-

do como um legitimador do poder estatal e, por conseguinte, da própria democracia. Assim, o poder estatal manifesta-se na esfera do judiciário (nas cortes constitucionais) com o propósito de garantir as bases da sua governabilidade. Para que isso ocorra, a opinião das massas deve estar atenta e em relativa conformidade com as decisões da corte. Por isso, os fundamentos das decisões, de cunho ativista, tomadas não são buscados dentro do próprio sistema jurídico, mas sim de movimentos e ideais externos.

Com esse protagonismo judicial desempenhado pelas cortes constitucionais, são identificáveis diferenciações relativas aos casos enfrentados para adjudicação. Nesse contexto, haveriam, segundo Santos, a justiça dramática, marcada por intervenções da corte chamadas de “alto perfil”, que seria identificada em casos em que há maior repercussão e, logicamente, em que se tratam de temas polêmicos. Já a justiça rotineira seria aquela referente a casos mais cotidianos, que, embora sejam mais suscetíveis de realmente influir na vida dos cidadãos comuns, não possuem muita expressão na opinião pública.

A própria existência de uma diferenciação como a mencionada acima reflete uma realidade de seletividade e inconsistência, porquanto traduz um cenário em que, mesmo devendo ser resguardado o texto constitucional e mantida a independência do poder judiciário, ocorre uma atuação proativa da corte com o fim de selecionar casos escolhidos a dedo para, então, legitimar seu poder frente as massas e garantir bases para a governabilidade estatal.

Essa governabilidade seria, portanto, adquirida pela corte a partir de uma legitimação garantida por meio do que Weber entende por carisma. O poder judiciário se valeria, então, de uma identificação carismática, que posteriormente se transforma em legitimidade democrática, substituindo-se, assim, o procedimento decisório pela satisfação de interesses externos. As consequências, como menciona o autor, não podem sequer ser discutidas.

Referências

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlin: Springer-Verlag, 2010.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. *Pensar*, v. 18, n. 1, 9-46f, 2013.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. 92 *Cal. L. Rev.* 1441 (2004).

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 96, 2013.

SCHMITT, Carl. The guardian of the constitution. Trad. de Lars Vinx. In: VINX, Lars. (ed.) *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, 79-173.

SOUSA SANTOS, Boaventura. The Gatt of Law and Democracy: (Mis)Trusting the Global Reforms of Courts. *Onati Papers*, v. 7, p. 49-86, 1999.

THORNHILL, Christopher. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, p. 985-1006, 2009.

WEBER, Marx. *Economy and Society: an outline of interpretive sociology*. Traduzido por Guenther Roth and Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978.

Animais não-humanos e o STF: uma análise acerca do art. 225, § 1º, VII

NON-HUMAN ANIMALS AND THE BRAZILIAN SUPREME COURT: AN ANALYSIS ABOUT ART. 225, § 1, VII

Elizeu de Oliveira Santos Sobrinho¹

Débora Maria Nagel²

Rafael Darolt Strelow³

Resumo: A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 1º, VII, estabelece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, incumbindo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A defesa e preservação pressupõe a responsabilidade do poder público e da coletividade na proteção da fauna e flora, vedando-se as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. A discussão sobre essa proteção a fauna ganha novos contornos quando se inicia o debate acerca da constitucionalidade de normas que regulamentam algumas práticas humanas habituais, consideradas manifestações culturais, que implicam em sofrimento e maus tratos aos animais não-humanos. O presente trabalho possui o objetivo de analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em casos paradigmáticos envolvendo tal temática, especialmente sobre a farrá do boi, rinha de galo e vaquejada. Se a previsão consti-

1 Mestre em Direito pelo Programa Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Capes 6), área de concentração: Direito e Relações Internacionais. Professor no Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI). E-mail: elizeu.oliveira@unidavi.edu.br

2 Bacharel em direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI), Rio do Sul/SC, Brasil. Pesquisadora membro do Grupo de Pesquisa Direito, Inovações e Bioética integrante do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI). E-mail: deboranagel@unidavi.edu.br

3 Bacharel em direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI), Rio do Sul/SC, Brasil. Advogado inscrito na OAB/SC sob n. 53.397. Pesquisador membro do Grupo de Pesquisa Direito, Inovações e Bioética integrante do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI). E-mail: rafaelstrelow.adv@gmail.com

tucional proíbe a prática de atos cruéis contra os animais, é possível que manifestações culturais e práticas esportivas que implicam no desrespeito ao preceito constitucional sejam toleradas? O método de pesquisa utilizado foi o hipotético- dedutivo, e foram adotadas conjuntamente as técnicas da pesquisa bibliográfica, e a pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: Animais não-humanos; Manifestações culturais; Supremo Tribunal Federal;

Abstract: The Federal Constitution of 1988, in its art. 225, § 1, VII, establishes the ecologically balanced environment as a right of all, incumbent upon public power and the community the duty to defend and preserve it for present and future generations. The defense and preservation presupposes the responsibility of the public authorities and the community in the protection of fauna and flora, prohibiting practices that put their ecological function at risk, cause the extinction of species or subject animals to cruelty. The discussion about the protection of fauna gains new contours when the debate about the constitutionality of rules that regulate some habitual human practices, considered cultural manifestations, which imply suffering and mistreatment to non-human animals begins. The present work has the objective of analyzing the position of the Brazilian Supreme Court in paradigmatic cases involving such theme, especially on the practices named “farra do boi”, “rinha de gallo” and “vaquejada”. If the constitutional provision prohibits the practice of cruel acts against animals, is it possible that cultural events and sports practices that imply disrespect for the constitutional precept are tolerated? The research method used was hypothetical-deductive, and the research technique adopted were bibliographic research and jurisprudential research.

Keywords: Non-Human animals; Cultural manifestations; Brazilian Supreme Court;

Introdução

Nas redes sociais, mídias impressas e jornais televisivos, a

recorrência de discussões envolvendo o direito dos animais manifesta a relevância e urgência de se aprofundar no tema, especialmente na seara jurídica. Muitas pessoas, quando tomam conhecimento de algum caso que envolva a prática de atos cruéis contra animais os animais sentem-se indignadas com esses atos e bradam pela severa punição dos agentes responsáveis por praticar tais condutas lesivas aos animais. Entretanto, poucas pessoas refletem acerca da utilização dos animais para alcançar os interesses e saciar os desejos dos seres humanos, que podem envolver as mais diversas finalidades, como alimentação, lazer, práticas esportivas, vestuário e outros.

Isto ocorre porque parcela da sociedade ainda esboça certa resistência ao reconhecimento de direitos aos animais. Essa resistência também é encontrada em parcela da comunidade jurídica. Em solo brasileiro, por influência de uma longa tradição jurídica e filosófica que não reconhece a condição moral dos animais, tão pouco sua condição de sujeito de direito, os animais são considerados meros objetos, coisas, propriedade dos seres humanos, sujeitos a livre apropriação e disposição humana. Essa constatação pode ser observada levando em consideração o que está disposto no art. 225, § 1º, VII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesta passagem a Constituição Federal traz uma proteção fauna no que se refere a práticas que submetam os animais a crueldade. Oriundo do movimento de constitucionalização do meio ambiente, o art. 225, § 1º, VII estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é um direito de todos, incumbindo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo tanto para as presentes quanto para as futuras gerações.

A defesa e preservação pressupõe assim a responsabilidade do poder público e da coletividade na proteção da fauna e flora, vedando-se as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. Resta estabelecido, no plano constitucional, o dever de proteção aos animais não-humanos contra práticas cruéis. A discussão ganha novos contornos quando se inicia o debate acerca da constitucionalidade de algumas práticas humanas habituais que implicam em sofrimento e maus tratos aos animais não-humanos.

A título ilustrativo, uma prática que era comum no Estado de Santa Catarina durante a Semana Santa, denominada popular-

mente como farra do boi, funcionava como a tradicional “malhação de Judas”, mas ao invés de um boneco, um bovino era “malhado”. Durante esse ritual o animal sofria graves atos de tortura e crueldade e uma diversidade de outros atos nefastos e dolorosos.

Outros casos semelhantes, como a rinha de galo e a vaquejada, suscitam interessantes discussões acerca da proteção constitucional destinada aos animais não-humanos. Essas situações foram encaminhadas a análise do Poder Judiciário e a resposta jurisdicional ofertada diante de situações que trazem um aparente conflito entre a previsão constitucional de proteção aos animais contra atos de crueldade e a fruição de outros direitos com previsão constitucional é o objeto de reflexão do presente trabalho. Se há uma previsão constitucional proibindo a prática de atos cruéis contra os animais, é possível que manifestações culturais e práticas esportivas que implicam no desrespeito ao preceito constitucional sejam toleradas?

Para responder essa indagação, parte-se do desenvolvimento histórico-normativo do direito dos animais, especialmente no âmbito do direito pátrio, bem como acerca das noções de antropocentrismo e especismo. Esta abordagem possibilitará a compreensão das origens mais remotas do debate acerca dos direitos dos animais não-humanos e elucidará o status jurídico ocupado por estes animais no âmbito da legislação brasileira. A seguir, são elencados e analisados alguns julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal (STF) que perpassam pela temática dos direitos dos animais em contraposição a outros direitos fundamentais garantidos aos seres humanos. Com esse exame pretende-se elencar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e os argumentos que surgem das sentenças prolatadas pelos ministros desta Suprema Corte no que tange aos direitos dos animais.

O entendimento da mencionada Corte é no sentido de que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, os animais não humanos passaram a gozar de proteção constitucional contra atos de crueldade e que seu desrespeito não pode ser tolerado pelos Poderes Públicos sob pena de estar se relegando o mandamento constitucional a figura decorativa no ordenamento.

No decorrer do presente trabalho, os termos animais e animais não-humanos serão tomados como sinônimos para fazer referência aos membros do reino animal de espécie distinta da humana (*homo sapiens sapiens*), não se adentrado num debate mais profun-

do acerca dessa definição.

O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, e foram adotadas conjuntamente as técnicas da pesquisa bibliográfica, fichamento e, especialmente no terceiro tópico, a pesquisa jurisprudencial.

1. Aspectos histórico-normativos da condição dos animais não-humanos: Entre teorias e normas

A relação entre o ser humano e as demais espécies de animais remonta aos primórdios da própria humanidade, momento em que ambos passaram a coexistir no mesmo ambiente. Esta relação sofreu profunda modificação na transição ocorrida entre o período Paleolítico e o período Neolítico, por volta de doze mil anos, quando as primeiras espécies de animais não-humanos, como lobos, cavalos e ovelhas, seriam domesticadas.⁴ O processo de domesticação ocorrido nesta época deixa evidente a existência de uma relação hierárquica, claramente antropocêntrica, em que os seres humanos, por se autodenominarem superiores, passaram a desfrutar do direito de utilizar das demais espécies para os mais diferentes fins, desde alimentação, trabalho, pesquisas, e até mesmo para entretenimento.⁵ Tal perspectiva adentrou o universo jurídico, fazendo-se presente em muitos sistemas normativos, como o brasileiro, que apresenta traços inequívocos do antropocentrismo⁶ e do especismo⁷ ainda atualmente.⁸

As primeiras menções aos animais não-humanos referem-se à tradição hebraica. No livro do Gênesis, por exemplo, menciona-se a criação do mundo animal, sendo que o quinto dia da criação divi-

4 HARARI, 2013, p. 65-70.

5 ABILIO, 2016.

6 A expressão antropocentrismo será tomada como uma concepção genérica que tem no homem a centralidade do universo, isto é, faz do homem a referência máxima e absoluta de valores. (MILARÉ, 2006, p. 87)

7 O termo especismo foi originariamente criado pelo psicólogo britânico Richard D. Ryder, em meados de 1970. O processo de discriminação praticado contra negros é chamado de racismo, quando praticado contra as mulheres recebe o nome de machismo, mas não havia nenhum termo que abrigasse o preconceito praticado contra os animais não-humanos. Ryder propôs então chamar de especismo a discriminação que os seres humanos praticam contra os animais por conta de estes pertencerem a uma espécie animal diferente da espécie humana. (FELIPE, 2014, p. 26.)

8 MAZOYERL; ROUDART, 2008, p. 70.

na teria sido destinado aos animais.⁹ É bem verdade que a narrativa bíblica deixa clara a preferência do homem em relação às demais espécies animais, sendo a única criação feita à imagem e semelhança do Criador. Tal preferência conferiu ao ser humano o direito de dominação sobre as demais espécies, podendo utilizá-las em sua alimentação e para sacrifícios em nome de Deus.¹⁰

Outra fonte remota para buscar a origem do debate acerca dos direitos dos animais é o lendário Código de Hamurabi, datado de aproximadamente 1780 a.C., entretanto, ao se estudar

o referido código, constata-se que os artigos que versam sobre os animais não lhes conferem qualquer direito, mas apenas aos seus proprietários. Dito de outra maneira, apesar da menção feita aos animais no Código de Hamurabi, estes eram destituídos de direitos, surgindo apenas incidentalmente regras que lhes seriam aplicáveis, sempre regulando as questões de propriedade e/ou sua violação.¹¹

Com efeito, foi na Grécia, berço da civilização ocidental, que a questão em torno dos animais e seus direitos ganhou maior projeção.¹² Pitágoras de Samos, renomado filósofo e matemático grego, foi um dos primeiros pensadores a promover a defesa da existência de um grau de parentesco entre homens e animais.¹³ Para o filósofo, esta ideia assentava-se em sua tese da transmigração, segundo a qual seria possível a alma transmigrar de um corpo para outro, inclusive do corpo de um homem para o corpo de um animal, e vice-versa. Em virtude de sua crença na metempsicose, Pitágoras acreditava que homens e animais possuíam uma ligação intrínseca, a transmigração de almas.¹⁴

Por sua vez, o filósofo grego Aristóteles, ao discorrer sobre a condição dos animais, afirma que estes não se encontram no mesmo patamar natural ocupado pelos seres humanos.¹⁵ Implica dizer que, embora possuidores de alma, esta seria apenas sensitiva, a qual lhes dotava da capacidade de possuir sentimentos e emoções. Diferentemente dos animais, os seres humanos seriam dotados da alma

9 BÍBLIA, 1993, Gênesis 1: 21-30, p. 3.

10 FELIPE, 2003, *passim*.

11 PEREIRA, 2015, p. 5-6.

12 STEFAN, 2018, p. 26.

13 FELIPE, 2009, p. 2-30.

14 TRINDADE, 2013, p. 26.

15 ARISTÓTELES, 2006, *passim*.

imaginativa, racional, responsável pela inteligência e raciocínio, estando esta resguardada apenas aos humanos.¹⁶ Dito de outra maneira, “Aristóteles via no homem a capacidade da razão, da linguagem e da distinção do bem e do mal, atributos estes que os tornariam seres morais, únicos, em toda sua acepção”.¹⁷

Assim, o posicionamento defendido por Aristóteles asseverava a singularidade humana em relação as demais espécies animais, numa perspectiva notoriamente antropocêntrica.¹⁸ Aristóteles apenas reconhecia o valor instrumental dos animais, razão pela qual não fazia sentido algum maltratá-los, tendo em vista a preservação do seu patrimônio.

Os pensadores romanos, ao seguir os traços delineados pela filosofia grega, não diferiram muito daqueles no tocante à condição dos animais. Muito embora mereça destaque o posicionamento de Plutarco e Porfírio, tendo o primeiro defendido que a crueldade praticada contra os animais não-humanos poderia levar também à crueldade contra os seres humanos, enquanto o segundo defendeu a existência de uma racionalidade própria de cada espécie. Uma análise superficial de suas obras é suficiente para demonstrar que estes alinhavam seu entendimento sobre a natureza jurídica e o status moral dos animais aos clássicos gregos, especialmente Platão e Aristóteles.¹⁹ Significa dizer que os animais eram concebidos como coisa, chamados de res, isto é, como objeto de um direito subjetivo patrimonial. Muito embora o Direito Romano tenha passado por inúmeras fases, permaneceria imutável a coisificação do animal.²⁰

Durante a Idade Média, conforme destacou Gabriel Garmendia da Trindade, poucos pensadores se engajaram na defesa dos interesses dos animais não-humanos.²¹ Ademais, a tradição judaico-cristã tratou de excluir os animais da comunidade moral, mantendo-os, a exemplo dos romanos, com o status de coisas a serem usufruídas pelos seres humanos.²²

No século XVIII, embora muitos avanços tenham sido con-

16 SANTOS SOBRINHO, 2019, p. 60.

17 LOURENÇO, 2008, p. 72.

18 STEFAN, 2018, p. 29-30.

19 FELIPE, 2009, p. 8.

20 LEVAL, 2004, p. 34.

21 TRINDADE, 2013, p. 24.

22 TRINDADE, 2013, p. 24.

quistados decorrentes das profundas transformações políticas, sociais e econômicas que teriam lugar no Século das Luzes, o status ocupado pelos animais não-humanos pouco mudaria. Um dos pensadores mais proeminentes deste período era René Descartes cujas ideias estavam embasadas no mecanicismo que concebia os animais como meros autômatos.²³ Compreendidos como tal, os animais não possuiriam racionalidade, pensamento, alma, consciência, linguagem e sequer a capacidade de sentir. Por esse motivo, julgava natural que os animais fossem expostos a situações dolorosas, tais como os procedimentos de vivisseções.²⁴

Ainda durante a modernidade, um dos pensadores cujas ideias provocariam mudanças substanciais na defesa dos direitos seria Jeremy Bentham. De acordo com Bentham e seu utilitarismo, contrariamente ao que haviam defendido grandes pensadores, como Aristóteles e Descartes, a capacidade de sofrer é apontada como o critério suficiente para definir como os outros animais deveriam ser tratados e não a racionalidade.²⁵ Além do trabalho de Bentham, também seria fundamental para esta mudança de perspectiva em torno dos animais a obra de Charles Darwin.²⁶ Foi Darwin o responsável por mostrar em sua teoria evolucionista que o ser humano se equipara aos demais animais, participando com estes de uma herança comum, com características semelhantes.

É precisamente neste contexto que surgiram as primeiras iniciativas efetivas, isto é, especialmente jurídicas, em torno da defesa dos direitos dos animais. No início do século XIX, mais precisamente em 1809, Lord Erskine apresentou um Projeto de Lei que visava punir os indivíduos que praticassem maus-tratos contra os animais domésticos. Embora o projeto de Erskine não tenha sido aprovado, alguns anos depois, em 1822, foi aprovada na Inglaterra a primeira lei de proteção aos animais não-humanos, o *Treatment of Cattle Bill*, proposto por Richard Martin. Como sua precursora havia proposto, a nova lei proibia os maus-tratos e castigos cruéis em relação aos animais.²⁷ A partir desta experiência pioneira, o movimento logo se espalharia para outros países. Em 1845, a França criou a *Société*

23 DESCARTES, 2001, passim.

24 GUIDA, 2011, p. 291.

25 BENTHAM, 1974, p. 69.

26 DARWIN, 2009.

27 MÓL; VENANCIO, 2014, p. 18-19.

Protectrice des Animaux (SPA) e em 1850 aprovou a Lei Grammont, que proibia os maus-tratos a animais em via pública. Nos Estados Unidos, em 1867, Henry Bergh esboçou uma Declaração dos Direitos dos Animais, além de ter contribuído, um ano antes, para a criação da *American Society for the Prevention of Cruelty to Animals* (ASPCA).²⁸

O maior alcance surge com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, pronunciada perante a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em 1978, cujo texto preambular já anuncia que todos os animais são detentores de direitos.²⁹

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais estabeleceu um fundamento para a defesa dos direitos dos animais a nível mundial, considerando-os como autênticos sujeitos de direito. Muito embora não possua força normativa, as legislações concebidas pelo mundo a partir de então, inclusive no Brasil, como se verá na próxima seção, foram influenciadas pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais, demonstrando a importância assumida pelo debate em torno dos direitos dos animais.³⁰

2. Direitos animais no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo

Uma das primeiras medidas legais surgidas no Brasil quanto à proteção dos animais não-humanos foi proposta em São Paulo, em 1886.³¹ Embora o diploma tivesse sua amplitude limitada ao município de São Paulo, o Código de Postura, como foi denominado, proibia os cocheiros de castigar os animais de forma bárbara e imoderada, cabendo multa de 10 réis ao infrator.³²

As primeiras leis de âmbito nacional foram promulgadas apenas a partir da década de 1920. A este respeito, foram publicados vários Decretos, entre os quais o Decreto n. 14.529, de 9 de dezembro de 1920, que vedava o combate de animais para fins de entre-

28 MÓL; VENANCIO, 2014, p. 18-20.

29 ONU. Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

30 TINOCO; CORREIA, 2010, p. 183.

31 SANTOS SOBRINHO, 2019, p. 64.

32 ABILIO, 2019, p. 451.

tenimento.³³ De acordo com o artigo 5º da referida norma, ficava impedida a concessão de “[...] licença para corridas de touros, garraios e novilhos, nem briga de gallos e canarios ou quaisquer outras diversões desse genero que causem soffrimentos aos animaes [sic]”.³⁴

Não obstante o Decreto n 14.529/1920 tenha contribuído decisivamente para consolidar na seara jurídica o debate em torno dos direitos dos animais,³⁵ foi na década de 1930 a edição do primeiro diploma legal do direito animal brasileiro, qual seja, o Decreto n. 24.645, de 10 de julho de 1934, concebido durante o governo de Getúlio Vargas.³⁶ O Decreto n. 24.645/1934 estabelecia já em seu artigo de abertura que todos os animais existentes no Brasil são tutelados pelo Estado, o que denota que o Estado brasileiro assumiu para si a responsabilidade de proteção dos animais não-humanos.³⁷

Ademais, além do Decreto n. 24.645/1934 ter assegurado a tutela jurisdicional dos animais não-humanos, ele garantiu aos mesmos o direito de estar em juízo, isto é, conferiu capacidade aos animais de serem parte em processos judiciais.³⁸

Na década de 1940, o Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941, conhecido como Lei das Contravenções Penais³⁹(LCP), tratou de tipificar como contravenção penal a crueldade contra os animais ou o seu trabalho excessivo.⁴⁰ O Decreto-Lei n. 3.688/1941 foi complementado pela Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967, a Lei de Proteção à Fauna. De acordo com esta Lei, os animais da fauna silvestre passariam a ser concebidos como propriedade do Estado, proibindo as práticas predatórias como a caça, perseguição e aprisionamento.⁴¹

Entretanto, foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a responsável por criar, efetivamente, o Direito Animal no Brasil. De fato, a questão em torno dos direitos dos animais ganhou previsão constitucional apenas com a promulgação da Carta

33 MÓL; VENANCIO, 2014, p. 21-23

34 BRASIL. Decreto n. 14.529, de 9 de dezembro de 1920.

35 ABILIO, 2016, p. 451.

36 ATAÍDE JUNIOR, 2018, p. 55.

37 BRASIL. Decreto n. 24.645, de 10 de julho de 1934.

38 ATAÍDE JUNIOR, 2018, p. 55.

39 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941.

40 ABILIO, 2016, p. 451.

41 BRASIL. Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967.

Magna de 1988, mais especificamente, em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII; notoriamente influenciado pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provocando a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade.⁴²

Apesar de sua inquestionável importância, percebe-se claramente que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou uma perspectiva antropocêntrica, haja vista que protege os animais apenas com a finalidade de garantir o direito fundamental do homem de ter um ambiente ecologicamente equilibrado.⁴³ Assim, de acordo com a disposição constitucional, os animais, como bens socioambientais, são concebidos como objetos de direitos, pois a titularidade do bem ambiental pertence aos seres humanos.⁴⁴

A partir do disposto no parágrafo anterior, evidencia-se que, no âmbito constitucional brasileiro, o fundamento último da proteção dos animais é antropocêntrico e especista. Antropocêntrico por visar proteger os animais apenas com o intuito de assegurar um meio ambiente equilibrado ao ser humano e especista por ser permissivo quanto a exploração de animais para determinados fins, como manifestações culturais e práticas desportivas, lazer, vestuário, alimentação, entre outros.⁴⁵ Como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ocupa o mais alto escalão hierárquico da legislação brasileira, a proteção constitucional dos animais não-humanos, num viés antropocêntrico e especista, determinou o modo de tratamento dispensado aos animais pelos diplomas legais infraconstitucionais.⁴⁶

42 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

43 COMPARATO, 2015, p. 447.

44 RODRIGUES, 2008, p. 71-73.

45 SANTOS SOBRINHO, 2019, p. 51.

46 SANTOS SOBRINHO, 2019, p. 68.

Segue deste modo a Lei de Crimes Ambientais, Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.⁴⁷ A referida Lei, por ter tipificado o crime de maus-tratos contra animais, pode ser apontada como um importante avanço normativo, suplantando parcialmente uma lacuna deixada pelo Código Penal brasileiro, o qual trata apenas indiretamente das práticas de crimes contra os animais, focando em condutas nocivas à natureza ou condutas que possuem relação com a deterioração e prejuízo da propriedade, mostrando-se deficitário quando se trata de normas que visem regulamentar e reprimir os abusos cometidos contra os animais não- humanos.⁴⁸

Mais recentemente, foi promulgada a Lei n. 11.794, de 8 de outubro de 2008, a qual revogou a Lei n. 6.638/79, referente à viviseção.⁴⁹ A Lei n. 11.794/2008 tratou de regulamentar o inciso VII, do §1º, do artigo 225, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de definir os critérios para a criação e utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa, e criar o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA), sendo responsável pela formulação e fiscalização do cumprimento das normas relativas à utilização humanitária de animais com a finalidade de ensino e pesquisa. Novamente, fica claro que o legislador tomou um viés antropocêntrico, haja vista que o uso de animais para fins de ensino e pesquisa se justificam diante dos benefícios que possam trazer para os seres humanos.

O Código Civil brasileiro em vigor é inequívoco quanto ao *status* ocupado pelos animais, resguardando-lhes a natureza jurídica de coisa, isto é, um bem móvel, semovente e fungível.⁵⁰ Nesta ótica, os animais constituem uma propriedade, sendo que seu regime jurídico civil é regido pelo microsistema dos Direitos Reais, o qual confere ao proprietário o direito de exercer as faculdades de uso, gozo e disposição de sua propriedade, tal como preceituado no artigo 1.228 do Código Civil.⁵¹

47 BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

48 SANTOS SOBRINHO, 2019, p. 69.

49 BRASIL. Lei n. 11.794, de 8 de outubro de 2008.

50 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

51 Art. 1228, §1º: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Ver também: SANTOS SOBRINHO, 2019, p. 67. Ver também: MEDEIROS, 2013, p. 68-69.

Como pode-se depreender desta breve incursão histórica em torno da tutela dos direitos dos animais não-humanos no cenário internacional e na legislação brasileira, ainda é preciso avançar muito para que estes sejam aceitos como sujeitos de direito. Em particular, faz-se necessário promover a superação do antropocentrismo e do especismo fortemente presentes no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, conforme procurou-se evidenciar anteriormente, de modo que os interesses dos animais não-humanos possam ser efetivamente respeitados.

3. Manifestações culturais e os animais não-humanos: O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O primeiro caso apresentado é a denominada farra do boi. Tal prática é típica do litoral catarinense, cujas origens remontam ao período colonial, encontrando-se inscrita no que os antropólogos denominam de “brincadeiras-de-boi”, junto com o rodeio e a vaquejada.⁵² Vista como tal, a farra do boi encerra uma releitura da tourada-a-corda, uma espécie de tourada desenvolvida nos logradouros públicos. Tal como a praticada contemporaneamente, a farra do boi consiste na perseguição de um boi por populares ao longo das ruas das cidades litorâneas de Santa Catarina. Durante a perseguição, os populares estão armados com armas improvisadas, como pedaços de madeira, cuja finalidade é “malhar/farrear” o animal, de forma semelhante ao que ocorre com a malhação de judas.⁵³ O animal é espancado, maltratado, perfurado, lesionado e submetido a uma crueldade horripilante. Depois do animal ser levado a exaustão, os farreadores o matam e dividem entre si sua carne. Em alguns casos essa divisão se torna impossível pois o animal, assustado, entra no mar e acaba morrendo afogado.

Em 1997, o STF julgou o Recurso Extraordinário 153.531-8, de Santa Catarina, referente a citada prática.⁵⁴ Promovido pela Associação Amigos de Petrópolis, Proteção aos Animais, a Sociedade Zoológica Educativa e a Associação Protetora dos Animais, um conjunto de organizações protetivas dos animais, a ação foi endereçada

52 LACERDA, 1994, p. 14.

53 CHAUHY, 20009, p. 89.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.531-8.

contra àquele Estado da Federação com a finalidade de proibir a farragem do boi e práticas semelhantes.⁵⁵

Em decisão inédita acerca dos interesses dos animais não-humanos, através do voto do ministro Francisco Rezek, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os animais são tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo que o fato de a prática violenta e cruel contra os animais ser um elemento cultural não justifica tais práticas.⁵⁶ Dito de outra maneira, por ser um patrimônio cultural não material, entende o STF, tais práticas não deixam de ser inconstitucionais.⁵⁷

A partir deste momento, ainda que houvesse posicionamento contrário entre os Ministros da Suprema Corte, o STF passou a adotar uma postura completamente diferente no tratamento das questões envolvendo animais não-humanos, em que a linha argumentativa puramente antropocêntrica foi superada. Conforme assinala Samory Pereira Santos, “Passou-se a prestigiar os animais, com fundamento na capacidade de serem submetidos a experiências dolorosas. As decisões que se seguiram utilizaram esta como precedente, demonstrando assim sua especial relevância argumentativa”.⁵⁸ Ou seja, o STF passou a adotar um posicionamento de desprestígio em relação às práticas que envolvem animais voltados para formas de entretenimento e que reconhecidamente sejam cruéis.⁵⁹

Outro caso de grande relevância no tocante aos direitos dos animais refere-se às brigas ou rinhas de galo. Neste caso, foram perpetradas três ações distintas: a ADI 2.514-7, de Santa Catarina⁶⁰, a ADI 1.856, do Rio de Janeiro,⁶¹ e a ADI 3.776-5, do Rio Grande do Norte.⁶² Todas elas tratavam-se de leis estaduais que visavam regulamentar a prática da rinha de galo, uma prática que foi introduzida no Brasil pelos espanhóis em 1530,⁶³ e se caracteriza pela colocação

55 SANTOS, 2017, p. 90.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.531-8.

57 ARAGÃO, 2016, p. 67.

58 SANTOS, 2017, p. 92.

59 SANTOS, 2017, p. 92.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.514-7

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.776-5.

63 ESCOBAR; AGUIAR, 2014, p. 146.

numa rinha de aves da espécie *Gallus-Gallus*⁶⁴, em geral, equipadas com lâminas de metal, com intuito de duelarem até a morte.⁶⁵

A primeira lei considerada inconstitucional pelo STF foi o diploma do Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual n. 2.895/1998, através da ADI 1.856/2011. A referida lei visava preservar raças combatentes de galos, atribuindo regamentos a serem seguidos pelos manejadores dos indivíduos destas raças.⁶⁶

O fundamento da ADI 1.856/2011 em relação à Lei Fluminense n. 2.895/1998 partiu do reconhecimento de que este dispositivo autorizava uma prática cruel contra os animais, ofendendo o disposto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sob a relatoria do ministro Celso de Mello, este considerou como sendo inquestionável a submissão dos animais à crueldade nos combates de rinhas, o que configuraria uma clara violação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em seu voto, argumentou o ministro Celso de Mello que todos os animais possuem tutela constitucional, incluindo os domésticos ou domesticados.⁶⁷ Além disso, o relator rejeitou o argumento segundo o qual a prática representaria uma manifestação cultural e desportiva, haja vista que promove a crueldade contra animais.

O objeto da a ADI 2.514-7⁶⁸ foi a Lei Estadual 11.366/2000⁶⁹. A referida lei apresentava muita semelhança com a Lei Fluminense, distinguindo-se apenas pelo fato de que a primeira autorizava a permanência nas rinhas apenas de maiores de 18 anos, enquanto que a Lei n. 2.895/1998 autorizava a presença de menores de 16 anos. Conforme complementa Samory Pereira Santos:

A lei de nove artigos previa autorização prévia, mediante taxa, para a realização dos combates, vistoria anual dos locais onde estes seriam realizados, atestado veterinário prévio da saúde das aves, vedação de instalação dos locais de combate próximos a Igrejas, Escolas e Hospitais, bem como a proibição da permanência, desacompanhada, de menores

64 ESCOBAR; AGUIAR, 2014, p. 146.

65 FELIZOLA, 2014, p. 12.

66 ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Lei n. 2.895, de 20 de março de 1998.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856, p. 293.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.514-7.

69 SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Lei Promulgada n. 11.366, de 4 de abril de 2000.

de dezesseis anos.⁷⁰

Neste caso, sob a relatoria do ministro Eros Grau, o dispositivo catarinense foi declarado inconstitucional, em cujas alegações considerou a preservação da fauna um objetivo a ser perseguido, proibindo práticas cruéis contra a vida animal. Além disso, argumentou o relator da ação que a rinha de galos encerraria uma prática odiosa, não sendo acolhida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 da mesma forma que a farra do boi.⁷¹

Em relação a ADI 3.776-5, do Rio Grande do Norte, seu objeto foi a Lei Estadual 7.380, de 14 de dezembro de 1998.⁷² Esta lei era, na verdade, uma réplica das Leis Fluminense e Catarinense, apesar de se apresentar como uma defensora dos animais, à medida que visava autorizar a criação, a realização de exposições e as competições entre aves das Raças Combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie *Gallus-Gallus*. Quando de sua apreciação pelo STF através da ADI 3.776-5, esta foi considerada, por unanimidade, inconstitucional. Nos termos do ministro Cezar Peluso, relator da ação, reconheceu-se a similitude da situação com a ação que purgou a legislação do estado de Santa Catarina, reconhecendo que seria a postura da Corte rejeitar regulamentação de atividades de entretenimento que submetam os animais a práticas violentas, cruéis ou atrozes, por violarem o artigo 225, §1º, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁷³

Por fim, cabe destacar o posicionamento do STF acerca da Lei n. 15.299/2013,⁷⁴ do estado do Ceará, o que se deu mediante apreciação da ADI 4.983.⁷⁵ O referido julgamento angariou grande destaque no cenário nacional, em grande medida em detrimento das inúmeras mobilizações realizadas em defesa da vaquejada, inclusive pela aprovação do projeto que deu origem à Lei Federal n. 13.364/2016.⁷⁶

70 SANTOS, 2017, p. 94-95.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.514-7.

72 RIO GRANDE DO NORTE. Lei n. 7.380, de 14 de dezembro de 1998.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.776-5.

74 ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO CEARÁ. Lei n. 15.299, de 8 de janeiro de 2013.

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983.

76 CHALFUN, 2016, p. 57.

A vaquejada é uma manifestação cultural tipicamente nordestina, tendo se transformado ao longo dos tempos para se converter numa atividade esportiva. A este respeito, cabe destacar a distinção introduzida por Nilsiton Rodrigues de Andrade, ao argumentar que a vaquejada esportiva se diferencia da vaquejada cultural.⁷⁷ Enquanto a primeira seria uma distorção, ilegítima e nociva, sem qualquer fundamento constitucional de aceitabilidade; a última seria uma manifestação cultural, cuja constitucionalidade ainda é duvidosa.⁷⁸

Como se pode depreender do disposto anteriormente, a vaquejada distingue-se da farra do boi e da rinha de galo por introduzir um elemento novo, qual seja, o aspecto econômico, que havia sido ignorado nas ações anteriores.⁷⁹ A partir deste aspecto, a vaquejada passou a ser reconhecida como uma prática econômica de grande importância. Seja como for, de acordo com o ministro Marco Aurélio, o ponto principal da ADI 4.983 era que esta versava essencialmente sobre a colisão de dois interesses coletivos, sendo que o STF, historicamente, se posicionou pela precedência apriorística dos interesses coletivos afetos à proteção do meio ambiente em relação àqueles de outras naturezas.⁸⁰ Assim, apoiando-se em todos os precedentes já analisados do Supremo Tribunal Federal, o relator se manifestou pela inconstitucionalidade da Lei n. 15.299/2013.⁸¹

A partir dos julgados do STF considerados, fica evidente que o Tribunal demonstrou em todas as suas decisões uma preocupação com a capacidade de experimentar dor e prazer dos animais. Significa dizer que o STF adota o critério da senciência para o reconhecimento da tutela jurídica dos animais.⁸² Conforme complementa Samory Pereira Santos:

Não é uma surpresa, uma vez que é o critério mais utilizado pela doutrina, como se viu anteriormente, bem como goza de simplicidade conceitual por se reduzir a capacidade do ser experimentar, conscientemente, dor e prazer. Desta forma, o

77 ARAGÃO, 2016, p. 60.

78 ARAGÃO, 2016, p. 64.

79 SANTOS, 2017, p. 96.

80 CHALFUN, 2016, p. 57.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983.

82 SANTOS, 2017, p. 104.

entendimento da Corte pode ser expandido para abranger não somente aves e bovinos, conforme ocorreu nos precedentes analisados, mas todos os seres sencientes, isto é, os vertebrados, incluindo os peixes.⁸³

Na mesma toada, cabe o elucidado por Gilberto Fachetti Silvestre e Isabela Lyrio Lorenzoni:

Vê-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal, a partir de seus julgados referentes à causa e proteção animal, estende o comando constitucional para fazer constar de sua interpretação que os animais são seres sensíveis e capazes de experienciar a mais variada gama de sentimentos, inclusive dor e sofrimento proveniente de condutas cruéis e que traduzam maus-tratos. Passa-se a julgar, portanto, com a adoção de um raciocínio cada vez menos marcado pelo viés antropocêntrico, tutelando os animais de forma específica e individualizada do meio ambiente como um todo, e considerando-os, ainda, como merecedores de valor e proteção autônoma.⁸⁴

Também na passagem acima fica evidente que o Supremo Tribunal Federal empregou nos julgados analisados o critério da senciência animal, considerando a vedação da crueldade como conteúdo da dignidade e agregando valor à vida digna também de seres vivos não- humanos.⁸⁵ Conforme explica Marcos Paulo de Souza Miranda:

Não se desconhece que os rodeios e as vaquejadas são manifestações presentes há tempos na sociedade brasileira. Entretanto, a ancianidade das manifestações, que açambarcam variados tipos de produção humana, não serve, solitariamente, como fundamento para a sua perpetuidade. Os tempos mudam, os valores se alteram, e nem tudo que era tolerado ou admitido em épocas passadas deve ser conservado hodiernamente.⁸⁶

83 SANTOS, 2017, p. 104.

84 SILVESTRE; LORENZONI, 2018, p. 449.

85 SILVESTRE; LORENZONI, 2018, p. 449.

86 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional.

As práticas aqui elencadas, quais sejam, farra do boi, rinha de galo e vaquejada, acarretam sofrimento e crueldade aos animais envolvidos, as quais vão desde ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, luxação de vértebras, lesões traumáticas, fraturas, perfurações, dor física e até sofrimento mental. Depreende-se daí que estas práticas violam frontalmente o disposto no texto constitucional, especialmente a vedação constitucional de crueldade.

A vedação constitucional de atos de crueldade contra animais não-humanos acarreta em deveres consistentes em um tratamento jurídico adequado a esses animais e ações preventivas e protetivas, deveres de cunho prestacional e não meramente instrumental.⁸⁷ Os animais, de acordo com os posicionamentos ora analisados, não podem mais ser tomados como propriedades e frutos de proteção indireta.

Poderiam ainda ser trazidas a lume as práticas denominadas de rodeio, laço, brigas de cães e outras formas de exploração animal para fins de manifestações reputadas como culturais. Entretanto, por uma questão de delimitação do tema e sua adequada abordagem, optou-se por deixar tais práticas para uma análise futura. Contudo, apenas para manter o leitor informado, as

considerações traçadas acerca da farra do boi, rinha de galo e vaquejada também se aplicam aos demais casos de exploração animal no que se refere a manifesta e inequívoca presença de sofrimento e exploração animal sustentando tais práticas.

Considerações finais

O trabalho em tela discorreu sobre a evolução histórica dos direitos dos animais não-humanos no mundo e no Brasil. Conforme vislumbrou-se, as primeiras menções aos animais remontam à tradição hebraica. Entretanto, seria apenas no século XIX que surgiram as primeiras iniciativas efetivas, isto é, especialmente jurídicas, em torno da defesa dos direitos dos animais. O marco mais significativo seria a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, publicada em 1978, cujo preâmbulo trata de enunciar que todos os animais são detentores de direitos. No cenário nacional, as primeiras medidas voltadas à defesa dos direitos dos animais não-humanos foram

87 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional.

editadas penas no final do século XIX, em São Paulo, e no início do século XX.

Não obstante, foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a responsável por criar, efetivamente, o Direito Animal no Brasil. De fato, a questão em torno dos direitos dos animais não-humanos ganharia previsão constitucional apenas com a promulgação da Carta Magna de 1988, mais especificamente, em seu artigo 225, §1º, inciso

VII. No entanto, é preciso reconhecer que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou um viés especista e antropocêntrico.

O presente trabalho demonstrou que o Supremo Tribunal Federal, em todos os julgados aqui analisados, adotou o critério da sentiência para o reconhecimento da tutela jurídica dos animais não-humanos. Os animais não-humanos se referem aos animais de espécies distinta da humana, genericamente denominados de animais, uma vez que os animais não-humanos abrangem todas as espécies do planeta, exceto a humana. Ora, dentre os inúmeros critérios propostos ao longo dos tempos para traçar esta linha divisória, a sentiência, entendida como a capacidade de sofrer e de sentir prazer, representa grande avanço no debate havido em torno dos direitos dos animais não-humanos, ao suplantarem critérios tradicionais, como a racionalidade, a consciência e a linguagem, possibilitando uma superação das perspectivas antropocêntrica e especista. Tal critério foi o adotado pelo Supremo Tribunal pátrio.

Ao apresentar o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca das leis que violam os direitos dos animais, especificamente a farra do boi, rinha de galo e vaquejada, resta claro a postura da Suprema Corte no sentido de proibir a regulamentação de práticas danosas e cruéis aos animais não-humanos, ainda que tais práticas sejam classificadas como manifestações culturais. Isto ficou evidente nos diversos julgados que chegaram ao Superior Tribunal Federal por meio da ADI 2.514-7/2005, a ADI 1.856/2011, a ADI 3.776- 5/2007 e a ADI 4.983/2016. Em todos estes julgados fica claro que o STF adotou uma postura favorável aos animais não-humanos, tendo como um dos critérios sua capacidade de sentiência, bem como verifica-se um abandono da perspectiva antropocêntrica.

Em período recente, mais especificamente em 6 de junho de

2017 foi editada a Emenda Constitucional n. 96, acrescentando o §7º ao artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fazendo com que as práticas desportivas que utilizam animais não fossem consideradas cruéis, desde que sejam manifestações culturais registradas como patrimônio cultural imaterial. Dito de outra maneira, a farra do boi, vaquejada, o rodeio, o laço e demais práticas que implicam em sofrimento e crueldade contra os animais não são consideradas práticas cruéis pelo fato de constituírem patrimônios culturais imateriais brasileiros.

Entretanto, esta manobra legislativa viola as normas constitucionais que vedam expressamente tratamento cruel aos animais. Esta questão foi esclarecida pela ADI n. 227.175/2017, proposta pelo Procurador-Geral da República, que considerou a EC n. 19/17, juntamente com a Lei n. 13.364/2016 e a Lei n. 10.220/2001, como inconstitucionais por violarem o 225, §1º, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A tradição não deve prevalecer em todos os casos, especialmente quando há um arcabouço normativo e jurisprudencial que expressa nítida proteção a outros seres vivos sencientes que não os humanos. Do contrário, costumes milenares ou seculares que afrontam preceitos constitucionais, tais como os duelos de armas, comuns em determinado período histórico, seriam permitidos.

Diante de tudo o que foi aqui exposto, buscou-se deixar claro a necessidade e urgência de se repensar a relação jurídica entre homens e animais não humanos. Os direitos dos animais somente avançarão quando for alterado o pensamento jurídico dominante da condição dos animais não humanos e quando instituições do poder público, academia e sociedade tomarem consciência de sua responsabilidade na construção de uma cidadania socioambiental⁸⁸, das atrocidades cometidas a seres sencientes em nome de práticas esportivas, manifestações culturais, lazer, moda e luxo.

Referências

ABILIO, Juan Roque. Os direitos fundamentais dos animais não humanos: o ultrapassar fronteiras da Constituição para além da coexistência à convivência moral e ética dos seres

88 MÓL; VENANCIO, 2014, p. 123.

sencientes. In: Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1132>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. A Inconstitucionalidade da Vaquejada Esportiva: Uma ponderação entre os princípios da proteção das manifestações culturais e da proteção do meio ambiente. In: THEMIS: Revista da Esmec, v. 14, n. 0, p. 57–76, 2016.

ARISTÓTELES. A política. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO CEARÁ. Lei n. 15.299, de 8 de janeiro de 2013.

Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado do Ceará. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, Set-Dez 2018.

BASQUES, Messias. Nos limites de um intermezzo: sobre homens e animais. In: Scientiae Studia, São Paulo, v. 6, n. 2008.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BÍBLIA. Bíblia sagrada. Tradução de João Ferreira Almeida. 2. ed.

rev. e atual. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993. Gênesis 1: 21-30.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 14.529, de 9 de dezembro de 1920. Dá novo regulamento às casas de diversões e espetáculos públicos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14529-9-dezembro-1920-503076-republicacao-93791-pe.html>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 17

ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm#view. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.794, de 8 de outubro de 2008. Regulamenta o inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei n. 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11794.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856 – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.514-7 – Santa Catarina. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 de junho de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.776-5 – Rio Grande do Norte. Relator: Ceza Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 de junho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 – Ceará. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12484411>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.531-8, de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 3 de junho de 1997. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 21 set. 2019.

CHALFUN, Mery. A questão animal sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal e os aspectos normativos da natureza jurídica. In: Revista de Biodireito e Direitos dos Animais, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 56 – 77, Jul/Dez. 2016.

CHAUHY, Rafaella. Manifesto pelos Direitos dos Animais. Rio de Janeiro: Record, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DARWIN, Charles. A origem das espécies por meio da seleção natural ou a preservação das raças favorecidas na luta pela vida. São Paulo: Editora Escala, 2009.

DESCARTES, René. Discurso do método. 2. ed. São Paulo: Martins

Fontes, 2001.

ESCOBAR, Marco Lunardi; AGUIAR, José Otávio; ZAGUI, Paula Apolinário. Galos em combate na Paraíba: o descumprimento da legislação Ambiental. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 2, n. 4, p. 143–165, 2014.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Lei n. 2.895, de 20 de março de 1998. Leis Estaduais. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025fee-f6032564ec0060dfff/345541152_a607a28032565e800666424?OpenDocument&ExpandView&ExpandSection=-3&Highlight=0,2895. Acesso em: 02 out. 2019.

FELIPE, Sônia T. *Acertos abolicionistas: a vez dos animais: crítica à moralidade especista*. São José: Ecoânima, 2014.

. Antropocentrismo, Sencientismo e Biocentrismo: Perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto dos animais não humanos. In: *Revista Páginas de Filosofia*, 2009.

. Por uma questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

FELIZOLA, Milena Britto. A cultura do entretenimento com animais e o entendimento dos tribunais pátrios. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 6, n. 9, 2014.

HARARI, Yuval. De Animais a Deuses: História Breve da Humanidade. 1. ed. Braga: Editora 20/20, 2013.

LEVAI, Laerte Fernando. Direito dos animais. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

LOURENÇO, Daniel Braga. Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. História das agriculturas no mundo: do Neolítico à crise contemporânea. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#_ftnref4. Acesso em: 06 out. 2019.

MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. A proteção jurídica dos animais no Brasil: uma breve história. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Bruxelas - Bélgica, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>.

Acesso em: 02 ago. 2019.

PEREIRA, Rita. Os direitos dos animais entre o homem e as coisas. 2015. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei n. 7.380, de 14 de dezembro de 1998. Autoriza a criação, a realização de exposições e as competições entre aves das Raças Combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie “Gallus-Gallus”. Diário Oficial do estado do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 16 de dezembro de 1998. Disponível em: http://www.al.rn.gov.br/portal/_ups/legislacao//7.380.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

RODRIGUES, Danielle Tetü. O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Lei Promulgada

n. 11.366, de 4 de abril de 2000. Pesquisa da Legislação Estadual, Leis Estaduais. Disponível em: http://leis.alesc.sc.-gov.br/alesc/docs/2000/11366_2000_lei_promulgada.html. Acesso em: 04 out. 2019.

SANTOS, Samory Pereira. Os limites do Direito Animal na juris-

prudência do Supremo Tribunal Federal. 2017. 121 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

SANTOS SOBRINHO, Elizeu de Oliveira. Animais não-humanos e governo eletrônico: Ferramentas de E-Gov na promoção e proteção dos animais. 2019. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. In: Revista Jurídica, Curitiba, v. 03, n. 52, pp. 430-457, 2018.

STEFAN, Amanda Cristina. Em defesa dos animais não-humanos: uma análise crítica da teoria utilitarista de Peter Singer. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas) – Faculdade de Ciências Aplicadas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2018.

TINOCO, Isis Alexandra Pincella; CORREIA, Mary Lúcia Andrade. Análise crítica sobre a declaração universal dos direitos dos animais. In: Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador, v. 5, n. 7, p. 182-195, jul./dez. 2010. Disponível em:

<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11043/7964>. Acesso em: 10 ago. 2019.

TRINDADE, Gabriel Garmendia da. Animais como pessoas: A abordagem abolicionista de Gary Francione. 2013. 219 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2013.

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm#view. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.794, de 8 de outubro de 2008. Regulamenta o inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei n. 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856 – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.514-7 – Santa Catarina. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 de junho de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.776-5 – Rio Grande do Norte. Relator: Ceza Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 de junho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 – Ceará. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12484411>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.531-8, de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 3 de junho de 1997. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 21 set. 2019.

CHALFUN, Mery. A questão animal sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal e os aspectos normativos da natureza jurídica. In: Revista de Biodireito e Direitos dos Animais, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 56 – 77, Jul/Dez. 2016.

CHAUHY, Rafaella. Manifesto pelos Direitos dos Animais. Rio de Janeiro: Record, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DARWIN, Charles. A origem das espécies por meio da seleção natural ou a preservação das raças favorecidas na luta pela vida. São Paulo: Editora Escala, 2009.

DESCARTES, René. Discurso do método. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESCOBAR, Marco Lunardi; AGUIAR, José Otávio; ZAGUI, Paula Apolinário. Galos em combate na Paraíba: o descumprimento da legislação Ambiental. Revista Direitos Humanos e Democracia, v.

2, n. 4, p. 143–165, 2014.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Lei n. 2.895, de 20 de março de 1998. Leis Estaduais. Disponível em:

http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025fee-f6032564ec0060dfff/345541152_a607a28032565e800666424?OpenDocument&ExpandView&ExpandSection=-3&Highlight=0,2895. Acesso em: 02 out. 2019.

FELIPE, Sônia T. Acertos abolicionistas: a vez dos animais: crítica à moralidade especista. São José: Ecoânima, 2014.

. Antropocentrismo, Sencientismo e Biocentrismo: Perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto dos animais não humanos. In: Revista Páginas de Filosofia, 2009.

. Por uma questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

FELIZOLA, Milena Britto. A cultura do entretenimento com animais e o entendimento dos tribunais pátrios. In: Revista Brasileira de Direito Animal, v. 6, n. 9, 2014.

HARARI, Yuval. De Animais a Deuses: História Breve da Humanidade. 1. ed. Braga: Editora 20/20, 2013.

LEVAI, Laerte Fernando. Direito dos animais. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

LOURENÇO, Daniel Braga. Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. História das agriculturas no mundo: do Neolítico à crise contemporânea. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#_ftnref4. Acesso em: 06 out. 2019.

MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. A proteção jurídica dos animais no Brasil: uma breve história. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Bruxelas - Bélgica, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>.

Acesso em: 02 ago. 2019.

PEREIRA, Rita. Os direitos dos animais entre o homem e as coisas. 2015. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei n. 7.380, de 14 de dezembro de 1998. Autoriza a criação, a realização de exposições e as competições entre aves das Raças Combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie “Gallus-Gallus”. Diário Oficial do estado do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 16 de dezembro de 1998. Disponível em: http://www.al.rn.gov.br/portal/_ups/legislacao//7.380.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

RODRIGUES, Danielle Tetü. O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Lei Promulgada

n. 11.366, de 4 de abril de 2000. Pesquisa da Legislação Estadual, Leis Estaduais. Disponível em: http://leis.alesc.sc.-gov.br/alesc/docs/2000/11366_2000_lei_promulgada.html. Acesso em: 04 out. 2019.

SANTOS, Samory Pereira. Os limites do Direito Animal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2017. 121 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

SANTOS SOBRINHO, Elizeu de Oliveira. Animais não-humanos e governo eletrônico: Ferramentas de E-Gov na promoção e proteção dos animais. 2019. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. In: Revista Jurídica, Curitiba, v. 03, n. 52, pp. 430-457, 2018.

STEFAN, Amanda Cristina. Em defesa dos animais não-humanos: uma análise crítica da teoria utilitarista de Peter Singer. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas) – Faculdade de Ciências Aplicadas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2018.

TINOCO, Isis Alexandra Pincella; CORREIA, Mary Lúcia Andrade. Análise crítica sobre a declaração universal dos direitos dos animais. In: Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador, v. 5, n. 7, p. 182-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11043/7964>. Acesso em: 10 ago. 2019.

TRINDADE, Gabriel Garmendia da. Animais como pessoas: A abordagem abolicionista de Gary Francione. 2013. 219 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2013.

O descompasso normativo e jurisprudencial acerca do nepotismo no Brasil

THE NORMATIVE AND JURISPRUDENTIAL MISMATCH
REGARDING NEPOTISM IN BRAZIL

Wilken Almeida Robert¹
Rafael da Silva Menezes²

Resumo: A “normatização” da vedação do nepotismo por meio de súmula vinculante redundava em imprecisão no estabelecimento de requisitos que abrangem todas as hipóteses de violação à Constituição Federal. Assim, o objetivo do presente estudo é identificar como os diferentes entes da Federação e seus respectivos Poderes aplicam e regulamentam a Súmula Vinculante nº 13, bem como investigar acerca da possibilidade de se unificar, por meio de normas gerais e abstratas, o tratamento dispensado aos casos de nepotismo no Brasil. Para tanto, optou-se pelo método indutivo, analisando-se regulamentos (infralegais) já existentes e decisões judiciais e administrativas proferidas sobre o tema, a fim de se chegar a uma hipótese acerca da problemática supracitada e tentando-se propor uma melhoria nos mecanismos de combate ao nepotismo. Neste contexto, faz-se uso de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental. Das fontes analisadas, observou-se, que há divergência entre as normas infralegais que tratam do assunto e o enunciado sumular que rege a vedação ao nepotismo, bem como no que tange aos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça

¹ Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá em parceria com o Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS). Consultor Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Amazonas e Professor Voluntário na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Email: wilken_robert@hotmail.com

² Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos (IGC/ universidade de Coimbra). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Email: rafaelmenezes@gmail.com

acerca do tema, gerando prejudicial insegurança jurídica aos agentes públicos e à própria Administração. Assim, conclui-se pela necessidade de uma lei nacional que regulamente o nepotismo em todo território nacional.

Palavras-chave: Súmula Vinculante nº 13; Nepotismo; Descompasso normativo e jurisprudencial; Insegurança Jurídica.

Abstract: The regulation of the prohibition of nepotism by means of a binding precedent results in imprecision in the establishment of requirements covering all cases of violation of the Federal Constitution. Thus, the objective of the present study is to identify how the different entities of the Federation and their respective Powers apply and regulate the Binding Precedent No. 13, as well as to investigate the possibility of unifying, through general and abstract rules, the treatment given to cases of nepotism in Brazil. To do so, we opted for the inductive method, analyzing already existing (infralegal) regulations and judicial and administrative decisions on the topic, in order to arrive at a hypothesis about the aforementioned problem and trying to propose an improvement in the combat mechanisms to nepotism. In this context, qualitative, bibliographical and documentary research is used. From the analyzed sources, it was observed that there is a divergence between the non-legal norms that deal with nepotism and the summary statement that governs the prohibition against nepotism, as well as with regard to the judgments of the Supreme Court and National Council of Justice on the subject, generating harmful legal insecurity to agents public authorities and the Administration itself.. Thus, it is concluded that there is a need for a national law that regulates nepotism throughout the national territory.

Keywords: Binding precedent nº 13; Nepotism; Normative and jurisprudential mismatch; Juridical insecurity.

Introdução

Etimologicamente, a palavra nepotismo deriva do termo latino *nepos*, ou ainda *nepotis*, que pode significar tanto “neto” quanto

“sobrinho”, dependendo da denotação. O termo “nepotismo”, por sua vez, origina-se no cristianismo dos primeiros séculos, onde os papas, que, como sacerdotes não tinha filhos – ou ao menos não admitiam tê-los –, concediam favores e empregavam nos mais altos cargos do Estado, seus sobrinhos ou outros apadrinhados.

A prática do nepotismo perdurou séculos, e, atualmente, continua significando a “proteção” ou “apadrinhamento” dada a parentes, cônjuges e companheiros, por quem detém posição destacada no serviço público, seja ela a autoridade nomeante ou não, por meio de nomeações para cargos ou designações de funções em virtude desse vínculo, em ofensa, entre outros princípios, à moralidade.

Contudo, é de se recordar que não existe uma lei que trate da vedação ao nepotismo no Brasil, recaindo sobre a Súmula Vinculante nº 13 a “normatização” de tal proibição, o que conduz à imprecisão na formulação de requisitos que abranjam todas as hipóteses em que de fato há violação à Constituição Federal, ou, mais precisamente, aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade administrativa.

Assim, o presente artigo objetiva identificar como os diferentes entes da Federação e seus respectivos Poderes aplicam e regulamentam a Súmula Vinculante nº 13, ao mesmo tempo em que se investiga acerca da possibilidade de se unificar, por meio de norma geral e abstrata, o tratamento dispensado aos casos de nepotismo no Brasil.

Para consecução do aqui objetivo, optou-se pelo método indutivo, analisando-se regulamentos (infralegais) já existentes e decisões judiciais já proferidas sobre o tema, desde a edição da Súmula Vinculante n. 13, a fim de se chegar a uma hipótese acerca da problemática supracitada e tentando-se propor uma melhoria nos mecanismos de combate ao nepotismo. Neste contexto, faz-se uso de uma pesquisa de abordagem qualitativa e cujos procedimentos são eminentemente bibliográficos e documentais.

Quanto aos critérios utilizados para a escolha dos dados documentais (produções normativas e decisões judiciais e administrativas), realizou-se a seleção de materiais secundários, obtidos em bancos de dados públicos, cujos critérios de inclusão e exclusão resultassem em amostragem não-probabilística por julgamento, selecionando-se documentos com características previamente definidas que demonstrassem as contradições pretendidas pelos autores.

Neste sentido, no primeiro tópico, abordar-se-á a definição de nepotismo e sua vedação em virtude dos princípios constitucionais que regem a administração pública, materializada no enunciado da Súmula Vinculante nº 13, bem como as distintas regulamentações do tema nos diferentes entes da Federação e seus respectivos Poderes.

Em seguida, serão analisadas decisões judiciais e administrativas acerca da configuração de nepotismo em casos concretos, abordando-se os critérios adotados para identificar ou afastar tal prática no ordenamento jurídico pátrio, com enfoque em algumas questões polêmicas acerca do tema.

Por fim, no último item, serão verificadas possíveis soluções para o problema do descompasso dos julgados e das normas acerca do nepotismo, traçando-se algumas reflexões sobre o Projeto de Lei nº 198/19 da Câmara dos Deputados, que visa “unificar o tratamento dado à vedação do nepotismo na Administração Pública Federal”.

1. A súmula vinculante Nº 13 e a regulamentação da vedação ao nepotismo nos diferentes órgãos da administração pública

O nepotismo, conforme já se apontou, é na acepção contemporânea a concessão de cargos ou de privilégios na administração pública decorrente da relação de parentesco.

Para ser mais preciso, vale-se aqui do conceito de Acquaviva³, constante de seu dicionário jurídico, que define nepotismo como a prática pela qual uma autoridade pública nomeia um ou mais parentes próximos para o serviço público ou lhes confere outros favores, a fim de aumentar sua renda ou ajudar a montar uma máquina política, em lugar de cuidar da promoção do bem-estar público.

Por sua vez, Guevara⁴, valendo-se da regulamentação peruana acerca do tema, conceitua nepotismo:

Como aquele ato administrativo mediante o qual um funcionário de direção e/ou de confiança devidamente reconhecido pelo Estado, de forma imprópria e contrariando parâmetros legais preestabelecidos, exerce direta e indiretamente sua fa-

3 ACQUAVIVA, 2009, p. 557.

4 GUEVARA, 2009.

culdade de nomeação e contratação, relativo a seus parentes até o quarto grau de consanguinidade, segundo de afinidade e por decorrência do casamento. (tradução livre)

Tal prática, que não é novidade, conforme já se pôde perceber, tem no Brasil, especificamente, é quase uma questão cultural que remonta os mais remotos tempos da história pátria, e somente nas últimas décadas vem sendo objeto de maior rigor fiscalizatório, inibitório e sancionatório, uma vez que ofende os mais básicos princípios que regem a administração pública.

O principal dispositivo relacionado à vedação do nepotismo no Brasil é a já consagrada Súmula Vinculante nº 13, embora tal proibição seja também regulamentada em outras normas infralegais, conforme se verá em seguida.

1.1. Da vedação do nepotismo no brasil

A Súmula Vinculante nº 13 foi editada em 21 de agosto de 2008 pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciando-se como um marco da vedação ao nepotismo no Brasil. O referido enunciado sumular foi assim redigido:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.⁵

Perscrutando diminuto espaço amostral de julgados, conforme será abordado adiante, o Supremo Tribunal Federal chegou ao entendimento, portanto, de que configuraria nepotismo a prática (comum no Brasil) de nomear pessoas com algum laço, seja ele afetivo ou sanguíneo, como servidores públicos, principalmente em

5 BRASIL, 2009a.

cargos em comissão ou de confiança, de forma livre, no âmbito da Administração Pública, conforme possível interpretação litoral da norma contida no artigo 37, II, da Constituição Federal.

Tal súmula vinculante foi elaborada em um contexto de omissão legislativa, uma vez que inexistia – e ainda inexistente – lei nacional tratando acerca do tema, embora o próprio Supremo Tribunal Federal entenda que a falta de lei ou mesmo da Súmula Vinculante nº 13, não torna permitido o nepotismo, derivando sua vedação da própria Constituição Federal, dispensando-se lei formal acerca do tema.

Neste sentido, confira-se a ementa do acórdão prolatado em sede de Repercussão Geral no julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951 (Tema 66), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.⁶

Os princípios constitucionais a que faz menção o julgado colacionado, e que embasam diretamente a proibição do nepotismo são, principalmente, os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e o da moralidade.

Esses princípios devem, necessariamente, permear as estruturas dos órgãos públicos e suas cadeias de poder, tanto de forma horizontal, como de forma vertical, sendo, portanto, importantes balizas para o administrador reger suas condutas, inclusive, no caso da vedação ao nepotismo ora em estudo.

⁶ BRASIL, 2018.

No entanto, embora se reconheça a força normativa dos princípios sobre os casos concretos, tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não há como se afastar do entendimento de que uma norma-regra, com caráter geral e abstrato, possui importante papel na “tipificação” das condutas vedadas, assegurando maior segurança jurídica na aplicação da proibição, e, sobretudo, nas sanções decorrentes da violação ao nepotismo.

Atualmente, o que cumpre este papel de dar contornos gerais e abstratos à vedação do nepotismo, apontando o que o configuraria ou não é a própria Súmula Vinculante nº 13.

Destarte, com a edição da aludida súmula vinculante, pretendia-se que questões controvertidas em relação a aplicação de tais princípios constitucionais aos casos de nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública, deveriam ser resolvidas pela aplicação do entendimento vinculante e a controvérsia seria brevemente resolvida, desafogando o Judiciário.

No entanto, conforme se verá nos itens seguintes, na prática o que se verifica é que os contornos da Súmula Vinculante nº 13, e o controle da prática do nepotismo apresentam mais áreas cinzentas do que a natural progressão da jurisprudência poderia conseguir acompanhar, considerando as relevantes críticas que o enunciado vem sofrendo e os debates que a sua aplicação no caso concreto geram.

Neste sentido, imperioso destacar algumas polêmicas jurisprudências acerca da configuração do nepotismo como prática incompatível com a Constituição Federal, as quais marcaram a própria edição da Súmula Vinculante nº 13, tópico abordado no item seguinte.

1.2. A polêmica edição da Súmula nº 13: desconformidade com o disposto no art. 103-A da CF (incluído pela Emenda nº 45, 2004)?

Dispõe o artigo 103-A da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004) que poderá o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após “reiteradas decisões” sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais ór-

gãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Por sua vez, dispõe o parágrafo primeiro do mesmo artigo que o enunciado sumular terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre “questão idêntica”.

Perceba-se, portanto, que para a edição de súmulas vinculantes, a Emenda Constitucional nº 45/2004 exige que sejam “reiteradas as decisões” as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre “questão idêntica” em relação a determinada matéria constitucional.

Ora, se a Súmula Vinculante é instrumento destinado a sanar controvérsias, que possam fazer multiplicar lides de caráter semelhante no âmbito do Judiciário, reputando-se relevante instrumento para concretizar o princípio da razoável duração do processo, conforme insculpido e preconizado pela Constituição Federal de 1988, confere-se a estas, portanto, caráter vinculante e obrigatório, constituindo-se em verdadeiras normas editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A respeito, confira-se o seguinte trecho do discurso proferido pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, em conferência da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), ocorrida em Paris, na França, em 18 de maio de 2009:

Nesse contexto, a Reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, trouxe importantes inovações no âmbito do sistema judiciário brasileiro, voltadas ao aumento da transparência e da eficiência bem como à realização do princípio da segurança jurídica em um maior grau. Dentre essas inovações destaca-se a criação: (i) do Conselho Nacional de Justiça, (ii) do instituto da súmula vinculante, e (iii) do requisito de repercussão geral dos recursos extraordinários.

[...]

Outra inovação trazida pela Reforma do Judiciário foi a autorização concedida ao Supremo Tribunal Federal para editar a denominada “súmula vinculante”, precedente vinculativo que torna obrigatória, como norma, determinada decisão de um tribunal, a exemplo do que ocorre no direito anglo-americano. A súmula vinculante tem o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da administração pública, possibilitando que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo Tribunal Federal. Tal instituto preenche evidente função de estabilização de expectativas e de desafogamento do Poder Judiciário em geral e, especificamente, do Supremo Tribunal Federal. (Grifo nosso)⁷

Assim, possuem as súmulas vinculantes caráter geral e abstrato, aproximando-se bastante das normas-regras ou das próprias leis, configurando-se, portanto, verdadeira expressão da função atípica de natureza legislativa – ou normativa – do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, em que pese não ser o objetivo do presente trabalho tecer considerações ou mesmo opinar sobre a legitimidade democrática de tal função do Poder Judiciário quando da edição de súmulas vinculantes, uma coisa é certa: é preciso que tal atuação seja pautada pelos requisitos da reiteração das decisões e da identidade das questões, previstos no texto constitucional, a fim de que se busque uma homogeneidade de entendimentos para a definição do conteúdo da súmula, sob pena de ocorrência do efeito contrário ao pretendido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – conferir segurança jurídica às decisões judiciais e aos atos administrativos.

Lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco⁸ sobre o papel desempenhado pelas súmulas vinculantes no ordenamento jurídico pátrio a partir do procedimento formal para emitilas:

[...] A norma constitucional explicita que a súmula terá por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Estão abrangidas, portanto, as questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou destas em face de nor-

7 BRASIL, 2009b.

8 BRANCO; MENDES, 2017, p. 884.

mas infraconstitucionais.

[...]

A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, como foi visto, decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas.

Esses requisitos acabam por definir o próprio conteúdo das súmulas vinculantes. Em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização. Nos termos do § 2º do art. 103-A da Constituição, a aprovação, bem como a revisão e o cancelamento de súmula, poderá ser provocada pelos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei.

No caso da Súmula Vinculante nº 13, se analisados os julgados que precederam sua edição, perceber-se-á que não houve observância a tais requisitos, razão que justificaria por si só a dificuldade de conformação de entendimentos acerca da configuração de nepotismo no caso concreto, sobretudo em virtude da apressado procedimento de discussão do tema, inviabilizando o completo e aprofundado debate sobre a questão.

Neste sentido, passa-se analisar, de forma breve e cronológica, os precedentes indicados pelo Supremo Tribunal Federal para a edição da Súmula Vinculante nº 13.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521⁹ teve seu pedido cautelar julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de março de 1997, mantendo a eficácia de dispositivos da Constituição

⁹ BRASIL, 1997.

do Rio Grande do Sul que apontavam que a proibição de nomeação para cargos em comissão atingia somente o parentesco de segundo grau.

Por sua vez, no Mandado de Segurança nº 23.780¹⁰, julgado em 28 de setembro de 2005, a Suprema Corte entendeu como constitucionais a Lei nº 9.421/1996 (artigo 10), que trata do plano de carreira do Poder Judiciário, e a Lei nº 8.432/1992 (artigo 44, § 3º), que cria cargos na Justiça do Trabalho, as quais vedam a nomeação de parentes até o terceiro grau, embora não façam qualquer menção a casos de nepotismo cruzado.

Tanto o primeiro precedente quanto o segundo, não exigiram do Supremo Tribunal Federal o estabelecimento de critérios para aferição da prática do nepotismo, mas tão somente exigiu um juízo de compatibilidade dessas normas com a Constituição, restando reconhecido que o legislador estava autorizado a dispor sobre a matéria.

Finalmente, no Recurso Extraordinário nº 579.951¹¹, julgado um dia antes da aprovação da Súmula Vinculante em questão (20 de agosto de 2008), o Supremo Tribunal Federal decidiu anular ato de nomeação de um irmão do vice-prefeito para o cargo de motorista do município, restando, contudo, consignado no *decisum* que a nomeação de parentes para cargos políticos não estaria vedada e que seria necessário apreciar as circunstâncias do caso para identificar a existência de nepotismo, especialmente em sua modalidade cruzada.

Assim, percebe-se que mesmo diante da diversidade de discussões que tinha em comum apenas o assunto “nepotismo”, sem guardar, entre si, o contexto de reiteração de decisões em um mesmo sentido, ainda assim, serviram de precedentes para a edição da súmula vinculante em apreço.

Ou seja, embasou-se a edição da Súmula Vinculante nº 13 nestes precedentes em conjunto com a paradigmática Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12¹², proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), que pretendia a declaração da constitucionalidade da Resolução n. 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que disciplina “o exercício de cargos, empregos e

10 BRASIL, 2005b.

11 BRASIL, 2008a.

12 BRASIL, 2008b.

funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário”, mesmo apesar da diversidade dos precedentes.

Colaciona-se a ementa do referido julgado:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO 7, DE 18-10-2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução 7/2005 do CNJ não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela CF/1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. (...) 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do art. 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça. [ADC 12, rel. min. Ayres Britto, P, j. 20-8-2008, DJE 237 de 18-12-2008.]

Na ocasião, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da referida Resolução, disciplinou e regulamentou a prática administrativa de contratação de parentes (proibindo o nepotismo) para os órgãos dentro de sua “jurisdição administrativa”, entendendo que apenas se reconheceu uma obrigação que decorre diretamente do texto constitucional, densificando-se os princípios constitucionais nela insculpidos “não havendo antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional”.

A respeito deste imbróglio sustenta Antonio Maués¹³ que as múltiplas situações que podem gerar dúvidas na aplicação do enunciado devem ser esclarecidas pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo a Suprema Corte, ao fazê-lo, afastar-se da Constituição, revisando-se a súmula por meio da correta interpretação das similitudes entre esses precedentes, a fim de que a generalização de seus fundamentos possa ser válida.

Mostra-se, portanto, que a polêmica em torno da obscuridade que permeia o enunciado sumular em questão remonta sua própria origem, o que dificulta ainda mais que se alcance uma solução para a questão da ausência de uniformidade de entendimentos, que será objeto da discussão dos próximos tópicos.

Antes de adentrar, todavia, nas controvérsias propriamente ditas acerca da configuração do nepotismo nos casos concretos, analisar-se-á algumas das regulamentações infralegais acerca do tema.

1.3. Para além da Súmula Vinculante nº 13: as distintas regulamentações acerca do nepotismo no Brasil

Dificuldade oriunda da “normatização” da vedação ao nepotismo apenas por meio da Súmula Vinculante nº 13 é a criação de lacunas interpretativas que podem ensejar discrepâncias em sua aplicação concreta, quer incidindo em casos em que não há ofensa aos princípios constitucionais, quer afastando-a quando estes princípios são bruscamente violados, uma vez que não há balizas bem definidas que permitam a uniforme identificação de tal prática.

Neste sentido, surgem nos diferentes entes da administração pública e em seus respectivos Poderes normas próprias para regulamentar o tema em suas esferas de competência. Todavia, isto não basta para dar a necessária segurança jurídica aos julgamentos relacionados à proibição do nepotismo, uma vez que, ao permitir distintas regulamentações, sem uma norma geral que as dê suporte, afasta-se ainda mais da necessária unificação de entendimentos em face dos preceitos contidos na Constituição Federal.

Destacar-se-á no presente trabalho duas dessas normas infralegais que possuem algumas discrepâncias quando comparadas à Súmula Vinculante nº 13, seja por estender-lhe ou por restringir-lhe

13 MAUÉS, 2009.

a aplicação, muito em virtude da tessitura aberta do enunciado sumular.

A primeira norma a ser destacada é justamente a que foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal e ensejou a criação da Súmula Vinculante nº 13, conforme será melhor delineado no item posterior: trata-se da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça¹⁴.

A referida norma, que já fora modificada pelas Resoluções nº 9/2005, 21/2006, 181/2013 e 229/2016, todas do Conselho Nacional de Justiça, disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário.

Para os fins do presente estudo, reputa-se pertinente a trazer à colação o artigo 2º da referida resolução, uma vez que nele estão relacionadas as condutas que na acepção do Conselho Nacional de Justiça configuram a prática vedada do nepotismo. Confira-se:

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

14 BRASIL, 2005a.

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexistência de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento; (Redação dada pela Resolução nº 229, de 22.06.16)

VI - a contratação, independentemente da modalidade de licitação, de pessoa jurídica que tenha em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, dos magistrados ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação. (Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16)

§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a com-

patibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, e que o outro servidor também seja titular de cargo de provimento efetivo das carreiras jurídicas, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade. (Redação dada pela Resolução nº 181, de 17.10.2013)

§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

§ 3º A vedação constante do inciso VI deste artigo se estende às contratações cujo procedimento licitatório tenha sido deflagrado quando os magistrados e servidores geradores de incompatibilidade estavam no exercício dos respectivos cargos e funções, assim como às licitações iniciadas até 6 (seis) meses após a desincompatibilização. (Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16)

§ 4º A contratação de empresa pertencente a parente de magistrado ou servidor não abrangido pelas hipóteses expressas de nepotismo poderá ser vedada pelo tribunal, quando, no caso concreto, identificar risco potencial de contaminação do processo licitatório. (Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16)

Por sua vez, o Decreto Presidencial nº 7.203¹⁵, de 4 de junho de 2010, regulamenta a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal direta e indireta, trazendo disposições que embora sejam de alcance mais restrito que da Súmula Vinculante nº 13 do STF, assim como a resolução supramencionada do Conselho

Nacional de Justiça, apresenta normas mais detalhadas, pois não só veda, mas também especifica as condutas proibidas, os procedimentos a serem tomados e as exceções.

Assim, imperiosa a reprodução de seus artigos 3º e 4º da referida norma, dada sua relevância e, principalmente, a título de comparação com o regulamento do Conselho Nacional de Justiça supra colacionado. Transcreve-se:

Art. 3o No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:

I - cargo em comissão ou função de confiança;

II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e

III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

§ 1o Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.

§ 2o As vedações deste artigo estendem-se aos familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal.

§ 3º É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.

Art. 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:

I - de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes, inclusive aposentados, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado;

II - de pessoa, ainda que sem vinculação funcional com a administração pública, para a ocupação de cargo em comissão de nível hierárquico mais alto que o do agente público referido no art. 3º;

III - realizadas anteriormente ao início do vínculo familiar entre o agente público e o nomeado, designado ou contratado, desde que não se caracterize ajuste prévio para burlar a vedação do nepotismo; ou

IV - de pessoa já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar com o agente público, para cargo, função ou emprego de nível hierárquico igual ou mais baixo que o anteriormente ocupado.

Parágrafo único. Em qualquer caso, é vedada a manutenção de familiar ocupante de cargo em comissão ou função de confiança sob subordinação direta do agente público.

Perceba-se que as normas infralegais explicam para além do disposto na Súmula Vinculante nº 13, explicitando quem são as autoridades nomeantes, e fazendo referência aos seus respectivos âmbitos de competência.

Ademais, salientam configurar nepotismo não só a nomeação de familiares em cargos ou funções de confiança, mas também sua contratação: na modalidade de contratação temporária direta; estágio, sem processo seletivo e, ainda, contratação direta de empresa que seja de titularidade de parente do servidor público, ressaltando os casos em que tenha havido prévia licitação ou processo seletivo, uma vez que somente nos casos de contratação direta seria possível haver a indicação ou o favoritismo que as normas almejam proibir¹⁶.

Outrossim, ambos os atos normativos também dispõem, acerca das exceções quanto à configuração do nepotismo, delimitando situações que não o configuram, tratando cada caso de acordo com sua especificidade, diferentemente do que se propôs a Súmula Vinculante em questão.

Neste sentido, embora mostre-se o Decreto, assim como aquela outra norma editada pelo Conselho Nacional de Justiça, importantes instrumentos para aclarar e delimitar a Súmula Vinculante nº 13 – enfatizando o desacerto do Supremo Tribunal Federal em procurar chamar para si, através da edição de um enunciado de súmula vinculante, a tarefa de regulamentar tema envolto de tantas particularidades –, não são estas normas que porão fim às obscuridades, contradições e omissões extraídas de tal enunciado sumular, salientando a necessidade de um tratamento mais minudente, detalhado, do tema, a fim de facilitar a análise do assunto no caso concreto¹⁷.

Portanto, das fontes analisadas, observa-se, que há divergência entre as normas infralegais que tratam do nepotismo no âmbito da administração pública e a Súmula Vinculante nº 13, o que pode

¹⁶ FERREIRA, 2015, p. 197.

¹⁷ ANDRADE FILHO, 2011, p. 146.

permitir, inclusive, que cada ente federado ou órgão dos três poderes disponha acerca do tema a sua maneira.

Não bastasse isso, como se verá no próximo item, os posicionamentos do Conselho Nacional de Justiça e da órgãos da Administração Pública Federal, consubstanciados nas referidas normas infralegais, conflitam não raras vezes com os julgados do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em virtude dos contornos abstratos conferidos à Súmula Vinculante nº 13.

Ademais, considerando-se as nuances que o caso concreto pode revelar, os julgados do Supremo Tribunal Federal podem incluir ou afastar requisitos contidos em tais regulamentações, sem guardar com elas qualquer compromisso, mediante a aplicação dos princípios constitucionais ou de exercícios hermenêuticos, reportando-se na maioria dos casos apenas ao lacunoso enunciado sumular.

Destarte, no próximo item verificar-se-ão os controvertidos entendimentos acerca da proibição do nepotismo e as decisões proferidas em processos judiciais e administrativos que demonstram o descompasso de entendimentos acerca da configuração de tal prática nos casos concretos.

2. As controvérsias acerca da configuração prática do nepotismo nas esferas judiciais e administrativas

Apresentado o conceito de nepotismo, a redação da Súmula Vinculante nº 13, o tumultuado nascimento do enunciado sumular e as principais normas infralegais relacionadas ao tema, passa-se agora a analisar as questões que dificultam a aplicação prática de tais normas às hipóteses em que de fato ocorre violação à Constituição Federal, ou, mais precisamente, aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade administrativa.

Conforme se perceberá a situação é bastante díspar no que tange aos julgados dos Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça acerca do tema, havendo decisões complementemente antagônicas entre si, que, ora sim, ora não, flexibilizam regras objetivas e literais com supedâneo na ausência de um aspecto subjetivo do nepotismo ou na não caracterização de relação de subordinação hierárquica entre as pessoas envolvidas.

Inserese nessa discussão também o caso relativo a não in-

cidência da referida súmula vinculante às indicações aos cargos de natureza política, conceito em que se incluem ministros, secretários, etc, o qual também comporta “exceção da exceção”, conforme se verá.

Outro ponto pouco abordado quando se fala em nepotismo é o seu aspecto subjetivo, tópico sobre o qual dedica-se algumas considerações a seguir.

2.1. Aspectos objetivos e subjetivos do nepotismo

Analisa Rita Tourinho¹⁸ que o fenômeno nepotismo possui dois aspectos: um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva. O primeiro consubstancia-se na efetiva relação de parentesco existente entre o nomeante e o nomeado. Destarte, havendo a relação de parentesco, configurado estaria o nepotismo, sob o aspecto objetivo.

Por outro lado, o elemento subjetivo do nepotismo, demanda que se pretenda, deliberadamente, atender a interesses pessoais com a nomeação do familiar ou de privilegiar o vínculo sanguíneo. Ou seja, o aspecto subjetivo do nepotismo existirá quando a finalidade da escolha do parente para ocupação do cargo em comissão ou função de confiança for a satisfação pessoal gerada pelo laço familiar.

Para a configuração do nepotismo de forma técnica, segundo a autora, reputa-se necessária a presença de ambos os aspectos: objetivo e subjetivo. Cita exemplos, neste sentido, de casos que objetivamente constituem nepotismo (como o exercício de cargo de natureza política ou parentes que ocupam cargos através de concurso público), mas não subjetivamente.

Entretanto, a própria autora reconhece que a comprovação do elemento subjetivo não é de fácil concretização, razão pela qual, na maioria das vezes, contentam-se os julgadores com a simples presença do aspecto objetivo¹⁹.

Entretanto, existem casos em que a configuração do nepotismo ilícito requer mais que a simples comprovação do elemento subjetivo. A título de exemplo, imagine-se o caso em que parentes de terceiro grau, que mantivessem entre si pouco ou nenhum contato, ambos servidores comissionados de baixo escalão em repartições públicas federais de estados diversos. Como poderia haver influên-

¹⁸ TOURINHO, 2011.

¹⁹ IDEM, IBIDEM.

cia de um sobre a nomeação do outro. Seria ilógico, em casos assim, se reconhecer a prática vedada de nepotismo, somente porque ocupantes de cargos comissionados na mesma pessoa jurídica (União), ainda que em estados diferentes.

Destaca-se, assim, a importância do elemento anímico, para a configuração da prática nepótica.

2.2. Da (des)necessidade de comprovação da subordinação hierárquica para a configuração do nepotismo

Os julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal apontam que, além dos requisitos até aqui alinhavados, para a configuração do nepotismo seria necessária a existência de subordinação hierárquica, ainda que, assim como o elemento anímico (ou aspecto subjetivo do nepotismo), visto no subtópico anterior, não haja na Súmula Vinculante nº 13 previsão expressa de tal requisito.

A título de exemplo, em 23 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não se configura nepotismo na nomeação de servidor cujo parente lotado no órgão não possui qualquer influência hierárquica na nomeação. A Corte estabeleceu que, na aplicação da Súmula Vinculante 13,

é imprescindível a perquirição de projeção funcional ou hierárquica do agente político ou do servidor público de referência no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo na contratação de pessoa com relação de parentesco com ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no mesmo órgão, salvo ajuste mediante designações recíprocas²⁰.

Pode ser citado também o Recurso Extraordinário nº 807.383, de 14 de setembro de 2016, ocasião em que o Ministro Dias Toffoli entendeu ser elemento essencial para a configuração objetiva do nepotismo a participação do servidor no processo de escolha de parente para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento, conforme se depreende do excerto abaixo:

No caso, portanto, o reclamante não logrou comprovar a

²⁰ BRASIL, 2016.

existência de elemento essencial para a configuração objetiva do nepotismo, qual seja, a participação – potencial ou efetiva – do servidor de referência no processo de escolha da pessoa para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento. Não há, também, qualquer referência à hipótese de ‘troca de favores,’ entre as autoridades envolvidas.²¹

Releva-se ainda a Reclamação nº 28.164 - SP, de 27 de março de 2017, ocasião em que o Ministro Alexandre de Moraes se posiciona pela necessidade de haver vínculo de subordinação entre dois cargos de comissão de assessoramento, exercidos por parentes para que reste devidamente configurado o nepotismo, *in verbis*:

Sobre o alcance do ato normativo acima transcrito, já me manifestei, enquanto Conselheiro Nacional de Justiça, em situações envolvendo o Poder Judiciário, considerando necessária a presença de vínculo de subordinação entre dois cargos de comissão de assessoramento, exercidos por parentes, para configurar o nepotismo (Pedidos de Providências – CNJ 294, 374, 602 e 1.264).²²

Além desses exemplos, pode-se ainda citar a Reclamação nº 19.529/DF, de 04 de março de 2015, ocasião em que o Ministro Dias Toffoli novamente chancelou o entendimento de que a discricionariedade do magistrado na escolha de sua assessoria afastaria presunção de influência interna que não ficasse devidamente configurada, a saber:

Tendo em vista a estrutura do Poder Judiciário, em especial a discricionariedade do membro da magistratura na escolha de servidor para lhe assessorar, respeitados os limites legais e constitucionais, não há como presumir ascendência hierárquica da servidora de referência lotada no gabinete do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves – na escolha de Larissa Frantzeski Vilela pela Desembargadora Laura Louzada Jaccottet para compor sua assessoria.²³

21 BRASIL, 2016

22 BRASIL, 2017.

23 BRASIL, 2015.

Por outro lado, demonstrando a insegurança jurídica em relação ao tema, o Conselho Nacional de Justiça, em Procedimento de Controle Administrativo, tem demonstrado aplicar indiscriminadamente a Súmula Vinculante nº 13, afastando a necessidade de persecução da relação da subordinação hierárquica. Veja-se:

RECURSO EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CARGOS DE COMISSÃO. JUÍZOS DISTINTOS. PARENTESCO. NEPOTISMO CARACTERIZADO. 1. A Recorrente, mesmo sem possuir vínculo efetivo com Tribunal, ocupava o cargo em comissão de Secretária Judicial, circunstância idêntica à da sua irmã. 2. Como cediço, o exercício de cargo de provimento em comissão, no âmbito da jurisdição do mesmo Tribunal, por pessoa que possua vínculo de parentesco em 2º grau (irmã) com servidor investido também em cargo de chefia, ambos sem vínculo efetivo, caracteriza prática de nepotismo. 3. A existência de subordinação hierárquica é irrelevante para a configuração de nepotismo. 4. Recurso a que se nega provimento. (CNJ - PCA: 00011434520142000200, Relator: DEBORAH CIOCCI, Data de Julgamento: 03/06/2014).²⁴

Ademais, no âmbito do voto condutor do acórdão em apreço, faz-se menção à jurisprudência supostamente remansosa daquele órgão de controle, no sentido de desconsiderar a existência de hierarquia e tratando o vínculo sanguíneo (até terceiro grau), ou afetivo, como elemento apto a atrair a incidência do enunciado e, conseqüentemente, suficiente para violar os princípios constitucionais. O seguinte trecho evidencia o argumento utilizado, a saber:

Quanto ao argumento de ausência de subordinação entre a Recorrente e a servidora envolvida (sua irmã), ressalte-se que CNJ, quando do julgamento do Procedimento Administrativo nº. 2009.10.00.002482-8, deixou de exigir a subordinação hierárquica para a configuração de nepotismo, notadamente nos casos de idêntica simetria, onde os envolvidos não possuem vínculo efetivo com a instituição. Esse entendimento vem sendo reiteradamente confirmado pelo Plenário deste

24 BRASIL, 2014.

Conselho, conforme se observa nos julgados abaixo: [...].²⁵

Tal constatação evidencia o descompasso existente entre o entendimento esposado nos julgamentos encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal e o contido na jurisprudência administrativa do Conselho Nacional de Justiça, em flagrante aplicação de posicionamentos diferentes em situações materialmente semelhantes, sobretudo no que tange à necessidade de subordinação hierárquica para a configuração do nepotismo.

2.3. A questão dos agentes políticos (exceção) e a necessidade de qualificação técnica dos nomeados (exceção da exceção)

Destaca-se, por fim, a questão possibilidade da configuração de nepotismo em cargos políticos.

Para tanto, indispensável, em primeiro lugar, diferenciar o cargo em comissão – de natureza administrativa – do cargo político. Em síntese, o primeiro integra a estrutura da administração em si, vinculando-se ao “cumprimento de diretrizes e determinada finalidade pré-fixada”²⁶, ao passo que o cargo político desempenha função de governo, envolvendo “atividade primária, de escolha, de decisão”²⁷. Ademais, diferenciam-se ainda as duas espécies de cargo, mas que não serão por ora alvo de maiores considerações dados os objetivos da presente pesquisa, quanto: ao regime jurídico e remuneratório, aos direitos, obrigações e responsabilidade por atos ilícitos, etc.

Dito isto, é preciso apontar desde logo que são exceções ao disposto na Súmula Vinculante nº 13 as indicações e nomeações para cargos políticos. Ou seja, tal enunciado não alcança Ministros, Secretários de Estado, Secretários Municipais, uma vez que desempenham funções “nitidamente superiores, mais abstratas, mais políticas, menos vinculadas e mais ligadas à função governamental, voltadas a auxiliar na direção superior da administração federal”²⁸.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou

²⁵ IDEM, IBIDEM.

²⁶ MAUÉS, 2009.

²⁷ CAVALCANTI FILHO; LAGO, 2010.

²⁸ IDEM, IBIDEM.

inúmeras vezes, inclusive em 2018, apontando que: “A nomeação do cônjuge de prefeito para o cargo de Secretário Municipal, por se tratar de cargo público de natureza política, por si só, não caracteriza ato de improbidade administrativa”.²⁹

Deste modo, tem-se que tal distinção deriva da própria natureza jurídica dos cargos, pois enquanto um é eminentemente administrativo, o outro é de governo, podendo ser exercidos por parentes da autoridade nomeante.³⁰

Neste contexto, João e José Leal apontam ser o argumento “anti-republicano, desprovido de lógica”, na medida em que além de ofender os princípios da razoabilidade e da isonomia, tal decisão não permite que se vislumbre qualquer sentido em não se reconhecer nepotismo quanto aos cargos políticos, vez que gozam de um maior grau de confiança dos que os demais ocupantes de cargos comissionados e como estes últimos, ocupam cargos e funções de livre escolha, gozando também da estrita confiança da autoridade nomeante.

Noutras palavras, ofende a moralidade administrativa, a igualdade e a impessoalidade tanto, ou até mais, a nomeação de um parente como agente político quanto em um cargo comissionado.

Vale destacar, no entanto, que a possibilidade de nomeação de parentes para cargos políticos não é irrestrita, ou seja, a exceção também comporta exceção, havendo recente manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que poderá ficar caracterizado o nepotismo mesmo em se tratando de cargo político caso fique demonstrada a inequívoca falta de razoabilidade na nomeação por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral do nomeado³¹.

O mesmo vale para o caso do nepotismo cruzado, havendo julgados reputando vedadas as nomeações mediante ajustes de designações recíprocas para cargos políticos.

Portanto, vê-se que também nesta temática específica no âmbito de discussão do nepotismo não há pacificidade nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, ora interpretando descompromissadamente os casos concretos à luz dos princípios constitucionais, ora sobrepondo novos posicionamentos impedindo a

29 BRASIL, 2018a.

30 LEAL; LEAL. 2008, p. 23.

31 BRASIL, 2018b.

estabilização jurídica das relações público-administrativas.

Tais fatos permitem concluir até aqui ser duplo o problema, sendo o segundo decorrência direta do primeiro: (i) os regramentos existentes sobre nepotismo no Brasil são demasiadamente abertos e lacunosos; (ii) não há uma uniformização das decisões judiciais e administrativas acerca do tema nos mais distintos entes da federação.

Assim, o item seguinte buscará trazer alguma luz sobre a problemática amplamente apresentada até aqui.

3. Da necessária conformação de entendimentos e o projeto de Lei 198/19 da Câmara dos Deputados

De tudo o que foi abordado até o presente momento, uma coisa pode ser constatada: o descompasso entre normas e a jurisprudência acerca dos contornos do nepotismo e das hipóteses fáticas que devem ser vedadas por violar os princípios constitucionais e a necessidade de urgente solução para a questão, a fim de que se ponha fim ao contexto de insegurança jurídica nas relações entre servidores perante a administração pública.

É preciso que as “imoralidades” e a “falta de ética” saiam do campo hermenêutico dos princípios e se distanciem dos saltos interpretativos que os afastam da incidência da Súmula Vinculante nº 13, para serem verdadeiramente tipificadas como condutas vedadas perante a administração pública, direta e indireta, uniformemente em todo território nacional.

Nesse contexto, vislumbra-se que, apesar de a incidência da Súmula Vinculante nº 13 independer de lei formal, decorrendo a aludida vedação da auto-aplicabilidade dos princípios constitucionais que regem administração pública, consoante doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, isto não veda e muito menos afasta a relevância da elaboração de uma lei específica.

Uma lei de caráter nacional, aplicável indistintamente a todos os entes da administração pública e em seus respectivos poderes, talvez fosse o melhor caminho para o fim da aqui tão destacada insegurança jurídica em relação ao tema, afinal é este o objetivo de uma lei: regular de forma geral e abstrata uma conduta social que deve ser seguida por todos.

Neste sentido, a criação de uma lei geral que regulamente o nepotismo em todo território nacional, estabelecendo balizas mínimas que permitam a uniforme identificação de tal prática, critérios para sua não configuração e, até mesmo, sanções aplicáveis às autoridades nomeantes e agentes públicos nomeados mediante violação de tal norma, mostra-se, assim, relevante para reduzir o tratamento diferenciado a casos análogos em todas as esferas de poder público.

Tais balizas e critérios para a configuração do nepotismo, conforme se destacou no tópico anterior, devem incluir, entre outros: (i) os aspectos objetivos (acerca do tipo de parentesco) e subjetivos (referentes ao dolo, à intenção, de atender interesses pessoais com a nomeação do familiar); (ii) a necessidade de existir influência hierárquica na nomeação de um parente em relação ao outro; (iii) a possibilidade da configuração de nepotismo em cargos políticos.

Aparentemente com este intuito, no âmbito da Câmara do Deputados tramita o Projeto de Lei nº 198/19³², apresentado pelo Deputado Federal Roberto de Lucena (PODE/SP), que pretende alterar o capítulo relativo às proibições aos servidores públicos, previstos no Regime Jurídico Único (Lei 8.112/90), visando tal unificação de entendimentos.

Observe-se os principais pontos constantes da justificativa inicial do referido projeto de lei:

Esta proposição destina-se a dar forma legal à vedação da prática do nepotismo na administração pública federal, reunindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula 13, e dispositivos previstos no art. 117, VIII, da Lei 8.112, no Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010, e em Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Atualmente, não há um tratamento único acerca do nepotismo para toda a administração pública federal, aplicado uniformemente aos três poderes da República. Cada poder dispõe sobre o nepotismo a sua maneira. O projeto que estamos propondo consolida as normas de vedação do nepotismo, reunindo-as no estatuto do servidor público –

32 BRASIL, 2019a.

Lei nº 8.112, de 1990.

Sob a ótica coercitiva, o projeto caracteriza a conduta do administrador que praticar o nepotismo de “ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública”, impingindo-lhe as sanções previstas na Lei nº 8.429, de 1992. Também, tipifica tal conduta como crime contra a administração pública, prevendo pena de detenção de três meses a um ano. (Grifo nosso)

É de se destacar ainda que o referido projeto foi alvo de emenda apresentada pelo relator do projeto Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, deputado Kim Kataguiri (DEM-SP), acrescendo a redação original a transformação em nepotismo da nomeação de parente de autoridade para os cargos de Ministro de Estado, Chefe de Missão Diplomática Permanente e de Missão ou Delegação Permanente junto a organismo internacional.

Confira-se aqui breve trecho da justificativa da emenda realizada:

Nessa linha de raciocínio, a proposição ora relatada é extremamente meritória, pois vem ao encontro de anseio social moralizante e tem aptidão para cristalizar o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o nepotismo. O grande mérito é conferir segurança jurídica aos administrados e aos gestores públicos, já que estes estarão mais resguardados no momento de realizar contratação ou nomeação de pessoal, nos quatro níveis de governo. Além de, é claro, passar cristalina sinalização à sociedade de que o Congresso Nacional está comprometido com boa administração da República e, portanto, firma duro combate contra práticas patrimonialistas, tão tradicionais quanto nefastas.

[...]

O PL ora relatado tem nítida índole moralizante. E pode ser lapidado para ficar ainda melhor.

Em razão disso, proponho emenda ao PL nº 198/2019, conforme abaixo consignado, a fim de deixar expresso em texto de lei a ampliação das possibilidades de nepotismo, incluindo nelas a nomeação de parentes até o terceiro grau para os cargos de Ministro de Estado e Embaixador.³³

Pelo exposto, em que pese a louvável fundamentação constante das justificativas do projeto, e sem qualquer viés político-ideológico, uma crítica deve ser suscitada ao presente projeto: a lei destina-se a modificar o estatuto do servidor público federal, de modo que as modificações nela realizadas, visando dar tratamento único acerca do nepotismo apenas e consolidando as normas até então vigentes, somente seriam aplicáveis à administração pública federal, dando azo a inconsistências jurisprudenciais da vedação ao nepotismo no âmbito dos Estados, Municípios e Distrito Federal, perpetuando a insegurança jurídica.

Não parece, portanto, que a aprovação de tal lei resolveria de forma definitiva o problema aqui exposto, embora seja necessário reconhecer que seria importante avanço no processo de regulamentação do tema.

Considerações Finais

Ao fim da presente pesquisa, explicita-se que, embora a incidência da Súmula Vinculante nº 13 independa de lei formal, decorrendo a vedação do nepotismo da auto-aplicabilidade dos princípios constitucionais que regem administração pública, consoante doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, isto não veda e muito menos afasta a relevância da elaboração de uma lei nacional que verse especificamente sobre o tema no Brasil.

Tal conclusão pode ser alcançada por meio da observação realizada no presente artigo, constatando-se que há divergência entre as normas infralegais que tratam do nepotismo no âmbito dos diferentes entes da administração pública e a Súmula Vinculante nº 13, o que pode permitir, inclusive, que cada ente federado ou órgão dos três poderes disponha acerca do tema a sua maneira.

Não bastasse isso, nem mesmo o Conselho Nacional de

33 BRASIL, 2019b.

Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado uniformidade em seus julgamentos, incluindo ou afastando constantemente requisitos contidos em tais regulamentações, sem guardar com elas qualquer compromisso, mediante a aplicação dos princípios constitucionais ou de exercícios hermenêuticos, reportando-se na maioria dos casos apenas ao lacunoso enunciado sumular.

Assim, distante de qualquer lógica ou segurança jurídica que se proíba nomeações de parentes para ocupar cargos comissionados de baixo escalão em repartições completamente distintas, sem qualquer vínculo subjetivo ou hierárquico entre si, tão somente por que integram a mesma pessoa jurídica e, ao mesmo tempo, se permita que uma autoridade política nomeie filhos ou cônjuges para ocupar cargos governamentais de elevada responsabilidade, em evidente favorecimento.

Tais disparidades afastam-se bastante da aplicação dos princípios da administração pública constantes na Constituição Federal.

Destaque-se que é indubitável que a prática do nepotismo fere a moralidade e a ética administrativa, a impessoalidade e tantos outros princípios insculpidos na Constituição Federal, e, portanto, precisa ser combatido. Contudo, é preciso que as “imoralidades” saiam do tormentoso campo hermenêutico das normas abertas e se distanciem dos corriqueiros saltos interpretativos para afastar as práticas nepóticas da incidência da Súmula Vinculante nº 13 quando for conveniente.

É preciso que tal proibição seja verdadeiramente tipificada, com condutas vedadas de forma bem definida, perante a administração pública, direta e indireta, e com uniformidade em todo território nacional.

A criação de uma lei de caráter nacional que estabeleça balizas que permitam a uniforme identificação de tal prática, exceções que afastem a sua configuração e, até mesmo, as sanções aplicáveis às autoridades nomeantes e agentes públicos nomeados mediante violação de tal norma, mostra-se, assim, relevante para reduzir o tratamento diferenciado à casos análogos em todas as esferas de poder público.

Torce-se, assim, pela ampliação da discussão e do engajamento popular em relação ao problema que sempre assolou a administração pública brasileira, de modo que projetos de lei, a exemplo do PL nº 198/19, possam ser discutidos, aperfeiçoados e, sobretudo,

aprovados, visando a unificação de entendimentos, a segurança jurídica e, principalmente, a eficiência e moralidade do serviço público.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico Acquaviva. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

ANDRADE FILHO, João Pereira. A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública. In: Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 146.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 jan. 2020.

BRASIL, Decreto n. 7.203. 4 jun. 2010: Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm> Acesso em: 7 jan. 2020.

BRASIL. Resolução nº 7 do CNJ. 18 out. 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=2716>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 22.339 AgR/SP. 04 set. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4875763>> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 28.024 AgR/PR. 29 mai. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340734288&text=.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 28.164/SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 27 mar. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314017078&ext=.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 18.564/SP. 23 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451068>> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 807.383/SC. Relator: Min. Dias Toffoli. 08 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310285810&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 19.529/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 23/02/2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25363084/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-19529-df-stf>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. In: _____. 29 de ago. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp?s1=13.baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Presidente do Supremo Tribunal Federal (2008-2010, Gilmar Ferreira Mendes). Discurso. A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir a segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País. Paris, 18 de mai. de 2009. 8 f. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?>>. Acesso em: 07 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951/RN. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 24 out. 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600331>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF. 20 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.780-5/MA. 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86021>> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521-4/RS. 12 mar. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630021>> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo PCA nº 00011434520142000200. Relator: Conselheira Deborah Ciocci. DJ: 03/06/2014. 03 jun. 2014. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418531188/procedimentodecontroleadministrativo-pca-11434520142000200/inteiro-teor-418531195>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

FERREIRA, Natália Ciscotto. O nepotismo, a moralidade pública e a jurisdição constitucional: um estudo acerca do sentido e do alcance normativo da Súmula Vinculante n. 13. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito e Política Pública). Centro Universitário de Brasília, Distrito Federal, 2015.

FILHO, João Trindade Cavalcanti; LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. A vedação ao Nepotismo e as Nomeações de Agentes Políticos – Uma análise sobre a Jurisprudência do STF e a Súmula Vinculante STF nº 13. In: Revista Síntese Direito Administrativo. v. 5, n. 58, out.2010.

GUEVARA, Juan José Díaz. El nepotismo y su regulación en el Perú. 2009. Disponível em: <<http://jdiazg.blogspot.com/2009/07/el-nepotismo-y-su-regulacion-en-el-peru.html>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Supremo Tribunal Federal e o Nepotismo Top. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 5, n. 26, out/nov. 2008

MAUÉS, Antonio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça, vol. 8, 2009. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens>.

com.br/dfj/article/view/480/235> Acesso em: 20 fev. 2020.

TOURINHO, Rita. O combate ao nepotismo e a Súmula Vinculante no 13: avanço ou retrocesso? 2011. Disponível em: <www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/o_combate_ao_nepotismo_e_a_sumula_vinculante_no_13_avanco_ou_retrocesso.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

Paridade Participativa e o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade: em busca de uma hermenêutica emancipatória

PARTICIPATIVE PARITY AND THE ACCESS TO THE CONCENTRATED CONSTITUTIONALITY CONTROL: IN SEARCH OF AN EMANCIPATORY HERMENEUTIC

Adriana Marques Aidar¹

Lucas Ferreira Mazete Lima²

Victor Afonso Bessa da Mota³

Resumo: O presente artigo trata da inclusão das pretensões de grupos socialmente vulneráveis no debate democrático. Para tanto, por menos representativos que sejam no meio legislativo, defende-se o uso de instrumentos constitucionais, através do controle de constitucionalidade concentrado, para que essas demandas sejam apresentadas. O ponto controverso é que o Supremo Tribunal Federal atribui ao inciso IX, do artigo 103, da Constituição Federal, uma interpretação restritiva, que fecha as portas da Corte à sociedade civil. Aponta-se aqui que os principais prejudicados são esses mesmos grupos vulneráveis, impossibilitados de expor seus pontos a partir de sua própria experiência, impedindo a efetivação de uma democracia. Através de uma revisão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, encarada criticamente à luz do conceito de lugar de fala, e buscando em Nancy Fraser o conceito de paridade de participação, o intuito é defender, em relação ao rol de legitimados do artigo 103 da Constituição, a aplicação de uma hermenêutica emancipatória.

1 Doutora em Sociologia (IESP/UERJ). Mestre em Filosofia (UFU). Professora na Universidade de Uberaba (UNIUBE). Advogada. e-mail: dri.aidar@gmail.com

2 Graduando em Direito (9º período) - Universidade de Uberaba (UNIUBE). e-mail: lucasmazete47@gmail.com

3 Graduando em Direito (7º período) - Universidade de Uberaba (UNIUBE). e-mail: victorafonsomota@gmail.com

Conclui-se apontando que expandir essa interpretação é a forma adequada de garantir a paridade de participação dos atores sociais e manter a coesão do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a interpretação teleológica do Texto Constitucional.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; paridade de participação; minorias.

Abstract: This article deals with the inclusion of the pre-tensions of socially vulnerable groups in the democratic debate. Therefore, no matter how representative they are in the legislative, defends the use of constitutional instruments, through concentrated constitutionality control, so these demands are presented. The controversial point is that the Supreme Federal Court assign to item IX, of article 103, of the Federal Constitution, a restrictive interpretation, which closes the Court's doors to civil society. It is pointed out here that the main victims are those same vulnerable groups, unable to expose their points from their own experience, preventing the realization of a democracy. Through a jurisprudential review of the Federal Supreme Court, viewed critically in the light of the concept of place of speech, and seeking in Nancy Fraser the concept of parity of participation, the aim is to defend, in relation to the list of legitimates of article 103 of the Constitution, the application of an emancipatory hermeneutics. It concludes by pointing out that expanding this interpretation is the appropriate way to guarantee parity of participation of social actors and maintain the cohesion of the Brazilian legal system, in view of the teleological interpretation of the Constitutional Text.

Key-words: constitucional control; parity of participation; minority.

INTRODUÇÃO

Após 30 anos da promulgação da Constituição, constata-se que, embora seja possível observar algumas mudanças, muitas de suas promessas ainda não foram efetivadas. A cidadania ainda é precária, a desigualdade se naturaliza e as violências contra grupos sociais minoritários ainda persistem. Como dito por Lilia Moritz

Schwarcz, “Nosso presente anda, mesmo, cheio de passado, e a história não serve como prêmio de consolação”.⁴

O passado autoritário do Brasil ainda se manifesta no dia-a-dia das instituições, impregnando-as, por mais que sua função agora fosse proporcionar o acesso, a representação democrática à sociedade. O não rompimento total com os ideais de outrora, a falta de representatividade e a estigmatização social vedam as discussões das pretensões da sociedade em geral, e só são pautadas as demandas que visam resguardar os direitos dos grupos corporativistas já consolidados no poder.

Assim, os grupos mais vulneráveis, subalternizados em meio a uma realidade ainda colonial, não veem suas pretensões como objeto de elaboração de leis e políticas públicas que possam contribuir na superação desse quadro. Mais grave ainda, dada sua ausência nesses espaços formais de poder, é a elaboração normas que suprimem ou impeçam tais indivíduos de usufruírem certos direitos já garantidos.

Frente a essa realidade, seria possível tratar de alguns mecanismos que poderiam muito bem conceder o acesso desses grupos ao espaço democrático, com o objetivo de salvaguardar seus direitos e trazer à tona suas demandas.

Esses mecanismos já existem no ordenamento jurídico pátrio. A questão é que o acesso desses grupos a essas ferramentas de efetivação da Democracia também é vedado pela interpretação com resquícios de autoritarismo.

Um dos exemplos disso é o acesso ao controle de constitucionalidade concentrado, limitado pela interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu ao inciso IX, do artigo 103, da Constituição Federal.

Nessa hipótese, o objetivo aqui é analisar se o controle de constitucionalidade pode ser, efetivamente, um instituto apto a defender os direitos e garantias dos grupos minoritários. Isso se justifica na medida em que a doutrina constitucional tem, ao longo do tempo, o denominado como instrumento contra majoritário, muito embora a práxis possa demonstrar o contrário.

Essa análise se embasa em uma pesquisa pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que toca a legitimidade de entida-

4 SCHWARCZ, 2019, p.24.

des de defesa de direitos sociais e de grupos sociais vulneráveis. Para tanto faz-se uso de um viés crítico, adotando o conceito de “lugar de fala”, que permeia todos os questionamentos aqui apontados.

Ainda, mesmo que brevemente, analisa-se o instituto do Mandado de Injunção, outro dos remédios constitucionais que pode permitir o acesso de grupos vulneráveis às instituições democráticas, dessa vez requerendo ante a Corte, que seja suprida uma omissão legislativa.

Tudo isso perpassado pela noção de paridade participativa, como desenvolvida pela teórica Nancy Fraser, questionando as condições a que certos grupos se encontram submetidos, por não serem pares nas relações institucionais democráticas, por não terem acesso às mesmas condições das outras partes do processo democrático. Não se encara o reconhecimento como uma questão de identidade, mas como uma questão de status social. A finalidade não é defender que um determinado grupo social tenha sua identidade valorizada, mas que toda a sociedade tenha acesso às mesmas oportunidades, atuando em prol da Justiça.

A defesa de direitos através da jurisdição constitucional concentrada

Partindo da noção de supremacia constitucional, isto é, a primazia da Constituição em um dado ordenamento jurídico, bem como sua posição superior, o controle de constitucionalidade se afirma como instrumento para asseverar tal supremacia a partir da correção das incompatibilidades entre a Constituição e as demais normas jurídicas.

O judicial review, que consiste na apreciação de leis pelo judiciário, é datado do caso *Marbury vs Madison*, em 1803. Naquela oportunidade, a Suprema Corte Estadunidense, pela primeira vez, registrou seu poder de controlar a constitucionalidade das leis, afirmando o controle difuso de constitucionalidade.⁵

Por sua vez, Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* e outras obras, formulou teoricamente o controle concentrado de constitucionalidade e a criação do que seria o Tribunal Constitu-

5 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017.

cional. Para ele, o ordenamento jurídico não é um sistema em que as normas jurídicas estão num mesmo plano, lado a lado, mas sim, “uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”.⁶

Nessa construção escalonada das normas jurídicas, interessa pontuar o fato de a Constituição ser a norma de posição superior. Ferdinand Lassale nos traz que “no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”.⁷

Desse modo, se a Constituição é o texto jurídico e político que reúne os princípios, fundamentos e valores pelos quais uma sociedade se organiza, faz-se necessário que haja mecanismos que estabeleçam juízos de compatibilidade com a Magna Carta e o ordenamento, sob pena de inviabilizar sua concretização no meio social. Portanto, ela se encontra no topo do ordenamento jurídico, reconhecendo e garantido os direitos fundamentais.

Assim, a força normativa, isto é, “a pretensão de prevalência dos pressupostos da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais, garantindo sua eficácia e permanência”⁸ reclama, dentre outros fatores, a existência de mecanismos que a assegurem. Tal noção vincula a atividade do Poder Legislativo que, na elaboração das normas infraconstitucionais, deve estar atento ao que dispõe a Constituição, de modo a evitar supressão de direitos e garantias fundamentais.

Nesse aspecto, costuma-se defender que a supremacia Constitucional é importante na medida em que visa proteger direito dos grupos minoritários, vulneráveis ou mesmo subalternizados. Kelsen afirma que

A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas de acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor a sua vontade a minorias. [...] Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos

6 KELSEN, 1998, p. 247.

7 LASSALE, 2009.

8 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017.

de uma maneira qualquer pela Constituição, tem, pois, um interesse eminente na constitucionalidade das leis.⁹

Entretanto, a afirmação desse instituto no Brasil é precedida de um período histórico que questionava a legitimidade de tais possibilidades de afirmação da supremacia do texto constitucional, bem como quem deveria ser o seu “guardião”.

No período compreendido como Estado Novo, a doutrina de Francisco Campos, amparada em Carl Schmitt, foi responsável por difundir ideais antidemocráticos do sentido da Constituição que incumbia ao Presidente da República o poder dar a última palavra sobre esse texto. Inclusive, conforme Rodrigo Brandão, a Constituição de 1937 possibilitava ao Presidente da República: “para o bem-estar do povo e interesse nacional, submeter decisão de inconstitucionalidade do STF ao Congresso Nacional, que poderia, por deliberação de dois terços, torná-la sem efeito”.¹⁰

Assim, o surgimento do controle concentrado não se vinculou, inicialmente, à ideia de defesa de direitos de grupos minoritários. Em 1965, no início da ditadura militar, era introduzido a representação de inconstitucionalidade por meio da Emenda Constitucional nº 16. Naquela época, o Procurador Geral da República – cargo de livre-nomeação e exoneração pelo Presidente da República – era o único legitimado para propor ação que discute a validade das normas. Isso, conforme Rodrigo Brandão:

denotava que o propósito da instituição do controle abstrato no Brasil não era o de fortalecer o papel do Judiciário de proteger direitos fundamentais, se não o de transformar o STF em instrumento do regime, notadamente para imunizar os efeitos de decisões judiciais indesejadas.¹¹

Após esse período que marcou a história brasileira, foi promulgada a Constituição de 1988 que trouxe promessas ambiciosas para um país que tentava se reerguer democraticamente. Sua preocupação principal é a garantia dos direitos do cidadão. Assim,

9 KELSEN, 1998, p. 182/183.

10 BRANDÃO, 2018, p. 130.

11 BRANDÃO, 2018, p. 144.

elegeu-se como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Nessa linha, quanto ao controle concentrado de constitucionalidade, o novo Texto Constitucional ampliou o rol de legitimados para sua propositura.

Apesar dessa nova ordem vigente, o Supremo Tribunal Federal temia que, com o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade ampliado, essas ações se tornassem ações populares, elevando o conhecimento de toda matéria à sua competência. Ainda, a sua composição não foi alterada, o que significa que os Ministros que integravam a Corte à época de transição foram investidos nos cargos durante o período autoritário, partilhando de uma visão completamente diferente do papel que deveriam desempenhar.¹²

Ainda assim, a Constituinte reconheceu o papel que a sociedade civil devia ter no debate constitucional. Naquele momento histórico, acreditava-se que os movimentos sociais tinham muito a contribuir na reconstrução do país, tendo em vista que exerceram papel importante na sua redemocratização:

Cioso de romper com a lógica imposta pelo regime de ter um controle abstrato de constitucionalidade que servisse apenas aos interesses de domesticação da justiça, o constituinte decidiu dar às ações de controle concentrado e abstrato um papel fundamental na afirmação da cidadania.¹³

Como pode-se observar, com o novo rol de legitimados, o poder constituinte buscou dar maior acesso a sociedade no debate sobre os sentidos da Constituição. Por outro lado, a prática do Supremo Tribunal Federal demonstrou que, no futuro democrático que se inaugurava, ainda havia resquícios do passado autoritário. Isso, de certo modo, impediu a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade à sociedade civil e aos grupos sociais.

12 BRASIL, 2018.

13 CAPECCHI NUNES; BRANDÃO, 2018, p. 171.

Panorama da participação das minorias na jurisdição constitucional concentrada

Como dito, embora positivada a ampliação do rol de legitimados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal frustrou as expectativas daqueles que acreditavam que isso, inicialmente, pudesse dar voz a sociedade. Dando uma interpretação restritiva do acesso ao controle de constitucionalidade, a Corte fechava as portas para os grupos sociais e a sociedade civil. Na concepção de Daniel Cappechi, ancorada em Bruce Ackerman, isso “acabou por produzir uma síntese constitucional negativa entre o futuro democrático e o passado autoritário, cujo principal resultado foi limitar as potencialidades democráticas da jurisdição constitucional brasileira”¹⁴

Desse modo, enquanto o legitimado “entidade de classe de âmbito nacional” parecia ser aquele que abriria as portas da jurisdição constitucional, a adoção de uma visão restritiva pela Corte resultou na noção de classe ligada a um conteúdo profissional ou econômico determinado. Como podemos ver, no julgamento da ADI nº 691 de 1990:

não constitui entidade de classe para legitimar-se à ação direta de inconstitucionalidade a associação civil voltada à finalidade altruística de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda cidadania¹⁵

Posteriormente, também vemos essa restrição no julgamento da ADI nº 894, na qual a União Nacional dos Estudantes pretendia discutir a constitucionalidade de lei que autorizava as universidades privadas a reter provas dos alunos inadimplentes. Naquele caso, o ministro Nerí da Silveira decidiu que:

No que concerne à “entidade de classe” de âmbito nacional (“segunda parte”, do inciso IX do art. 103 da Constituição), vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir da representação de interesses profissionais definidos. Não se trata, assim, apenas, de classe, no mero sentido de um certo estrato ou segmento da sociedade; cumpre-se informar a

14 NUNES, 2017, p. 197.

15 BRASIL, 2002.

noção de “classe” de conteúdo, profissional ou econômico, determinado. Assim têm se admitido como entidade de classe de âmbito nacional a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação Nacional do Ministério Público, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia, associações nacionais de áreas da produção, do comércio e da indústria.¹⁶

Além do próprio STF, outros departamentos do judiciário também consideravam que a interpretação desse inciso deveria ser restritiva. De modo muito explícito, demonstrando essa *síntese constitucional negativa*, o PGR manifestou no seguinte sentido:

Embora a nova Constituição tenha ampliado a titularidade para ação, que era conferida exclusivamente ao Procurador-Geral da República nos regimes constitucionais anteriores, é irrecusável que essa legitimação tem caráter exaustivo e excepcional, inadmitindo, em consequência, interpretação extensiva.¹⁷

Recentemente, o STF proferiu decisão no Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4294 de 2016, delimitando a interpretação que se deve dar às entidades de classe de âmbito nacional:

[...] A legitimidade das entidades de classe para a propositura de ações no controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, IX, 1ª parte, pressupõe o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) sejam compostas por pessoas naturais ou jurídicas; (ii) sejam representativas de categorias econômicas e profissionais homogêneas; e (iii) tenham âmbito nacional, o que significa ter representação em, pelo menos, 9 (nove) Unidades da Federação (Estados ou Distrito Federal), por aplicação analógica do art. 7º, § 1º, da Lei 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP) [...]¹⁸

Fica explícito que o STF abria o controle de constitucionalidade para categorias econômicas e profissionais, que são grupos

16 BRASIL, 1995.

17 BRASIL, 1993.

18 BRASIL, 2016.

que já detém poder de influência no rumo do país. Aqueles que são a maioria no Parlamento, agora também tem chancelado o direito de discutir a constitucionalidade de leis produzidas por eles próprios. Isso enfraquece demasiadamente a atuação contramajoritária da corte na proteção das minorias que já são silenciadas no processo legislativo.

Tal fato também é comprovado através do estudo empírico intitulado “A quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade?”, que demonstra que esse instrumento tem servido para a defesa de direitos corporativos, em prejuízo da sociedade civil e dos grupos sociais:

O perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. E mesmo quando o interesse público é efetivamente garantido por decisões em ADI baseadas na aplicação de direitos fundamentais, quase sempre peço MP ou pelos governadores, a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais, coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária.¹⁹

Essa interpretação restritiva faz com que os grupos sociais minoritários fiquem refém dos demais legitimados para propositura de ações que visam discutir violação de direitos e garantias fundamentais. Como observado pelo próprio Ministro do Supremo, Luís Roberto Barroso:

Disso resulta que um imenso rol de direitos fundamentais relacionados à afirmação da dignidade, da autonomia, das liberdades, da igualdade e de outros valores essenciais sob o prisma existencial – dotados de elevado valor intrínseco,

19 COSTA, 2019.

tal como reconhecido pela própria Constituição – simplesmente ficaram de fora do debate constitucional por meio do controle concentrado, nos últimos trinta anos de vigência da Constituição.[...]”²⁰

Como exemplo, temos a ADPF 54 que discute o aborto de fetos anencefálicos e que teve de ser proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.²¹ Outro caso é o da ADPF 132 (união homoafetiva) que, para que pudéssemos ter reconhecido a união entre pessoas do mesmo sexo, foi proposta ação pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.²² Portanto, a restrição do acesso a Corte resulta na subordinação desses à vontade dos que são legitimados e exclui possibilidade de participação paritária no processo de interpretação da Constituição.

A título de argumentação poderia defender-se que tais grupos podem representar esses estratos sociais estigmatizados, porém: “As formas de justiça em que alguns decidem por todos costumam carregar os problemas da universalização da vontade de grupos que, mesmo bem intencionados, estão comprometidos, de modo inexorável, com o seu lugar de enunciação.”²³

O problema de se falar pelos outros²⁴ (ou o lugar de fala como ferramenta na efetivação da democracia)

Em um sinal de progresso em relação a tudo o que foi apresentado anteriormente, no trâmite da ADPF nº 527/DF, ao julgar a concessão de Medida Cautelar, o Ministro Luís Roberto Barroso concedeu à Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros a legitimidade para a propositura da ação, sob o argumento de que

A missão precípua de uma suprema corte em matéria constitucional é a proteção de direitos fundamentais em larga es-

20 BRASIL, 2018.

21 BRASIL, 2013.

22 BRASIL, 2011.

23 NASCIMENTO; GARRAFA, p.296, 2011.

24 ALCOFF, [1991].

cala. Interpretação teleológica e sistemática da Constituição de 1988. Abertura do controle concentrado à sociedade civil, aos grupos minoritários e vulneráveis.²⁵

O Ministro evidencia em sua argumentação, como aponta ao longo deste artigo, que manter a interpretação restritiva do inciso IX, do art. 103, da Constituição Federal, implica em manter entidades da sociedade civil reféns de outro legitimado que

[...] nessas circunstâncias, a instituição que proporá a ação e defenderá tais direitos, se o fizer, não será aquela composta por quem experimenta as suas violações [...] não terá uma perspectiva própria sobre a experiência de vulnerabilidade, discriminação e invisibilidade que se pretende corrigir. Nessas condições, os grupos minoritários, que já não têm voz nas instâncias majoritárias, perdem o seu “lugar de fala” também no Judiciário.²⁶

Continuando seu raciocínio, Barroso ruma à conclusão, apontando que

[...], fica evidente que a interpretação conferida pela jurisprudência do Supremo Tribunal federal à expressão “entidade de classe de âmbito nacional”, muito embora aplicada, de forma indistinta, a toda e qualquer associação, na prática implica em uma maior oneração daquelas entidades defensoras de direitos fundamentais de grupos minoritários e vulneráveis. Trata-se, portanto, de um entendimento pretensamente neutro, que produz um impacto desproporcional (*disparate impact*) e mais grave sobre tais grupos e que, por isso, não se compatibiliza com a ideia de igualdade.²⁷

Na mesma linha de raciocínio do Ministro do Supremo Tribunal Federal, é possível indicar as pontuações da filósofa panameña Linda Martín Alcoff, que trata da postura de se posicionar por um grupo ao qual não pertença como até mesmo uma atitude vã,

25 BRASIL, 2018.

26 *Idem*.

27 BRASIL, 2018.

arrogante, antiética e politicamente ilegítima.²⁸ Para Alcoff, existem duas principais razões para que esse tipo de discurso seja repudiado.

Primeiro porque é impossível dissociar a posição do sujeito, do discurso, afetando o significado e a interpretação do que é dito. Em sua análise, aponta que nos meios acadêmicos o entendimento prevalente é que tanto o estudo quanto a defesa dos interesses dos grupos oprimidos devem ser realizados pelos próprios oprimidos.²⁹ “Quem está falando com quem acaba sendo tão importante para o significado quanto o que está sendo dito”.³⁰

Segundo, não só porque a posição do orador é relevante, mas porque essa posição é perigosa. Falar em nome de grupos vulneráveis muitas vezes resulta na reafirmação dessa vulnerabilidade. Aqueles que não têm espaço para discutir suas necessidades continuam não tendo, e a fala do orador em posição privilegiada não os dota de credibilidade, mas continua os ofuscando.³¹

Essa visão também é encontrada nos dizeres de Michel Foucault, que atribui essa crise de legitimação, essa perpetuação da vulnerabilidade, da invisibilidade, às estruturas de poder que permeiam a sociedade, ao pontuar: “[...] o que os intelectuais descobriram recentemente é que as massas não necessitam deles para saber; elas sabem perfeitamente, claramente, muito melhor que eles; e elas o dizem muito bem. Mas existe um sistema de poder que barra, proíbe, invalida esse discurso e esse saber”.³²

Acompanhando o raciocínio, Gilles Deleuze culmina com a pontuação de um raciocínio a respeito de uma reforma teórica como um ato hipócrita. Em suas palavras

Ou a reforma é elaborada por pessoas que se pretendem representativas e que têm como ocupação falar pelos outros, em nome dos outros, e é uma reorganização do poder, uma distribuição de poder que se acompanha de uma repressão crescente. Ou é uma reforma reivindicativa, exigida por aqueles a quem ela diz respeito, e aí deixa de ser uma refor-

28 ALCOFF, [1991].

29 *Idem.*

30 *Idem.*

31 *Idem.*

32 DELEUZE, Gilles; FOUCAULT, Michel, 2016, p. 131.

ma, é uma ação revolucionária [...] ³³

Crítica à leitura deste diálogo entre Foucault e Deleuze, a filósofa indiana Gayatri Chakravorty Spivak aponta que ambos os teóricos ignoraram muitas perspectivas dos aspectos que abordam, e que a constituição de um “Outro” na Europa foi muito cuidadosa, obliterando-se os ingredientes textuais com os quais tal sujeito poderia se conectar, isso feito não só pela ideologia ou pela produção científica, mas também por instituição da lei.³⁴

Ela concorda com Foucault no ponto de existir um sistema que inviabiliza o pronunciamento de grupos vulneráveis, minoritários e subalternizados, entretanto, aponta que o pensador francês não rompe totalmente com o pensamento hegemônico ao ter como base para construção de sua teoria a realidade europeia.³⁵

A professora indiana trata de tudo isso como uma questão de violência epistemológica. Aponta o reconhecimento do Outro como portador de um conhecimento subjugado, desqualificado, insuficientemente elaborado.³⁶

Spivak questiona se frente a tamanha violência, tamanho abuso, tamanha dominação e falta de espaço dentro de uma sociedade colonialista, pautada na divisão internacional do trabalho e do capital social, poderia o subalterno (o sujeito dominado, inferiorizado, pertencente às classes vulneráveis) falar, como Foucault e Deleuze pontuam?³⁷

Nessa linha, a decisão apresentada pelo Ministro Barroso é mais do que uma interpretação teleológica do Texto Constitucional, mas um passo na direção correta para superar a problemática apresentada. O subalterno pode falar se municiado com as mesmas armas, se sujeito às mesmas condições que a fração majoritária da sociedade, se atuar, efetivamente, como par nas relações sociais.

33 DELEUZE, Gilles; FOUCAULT, Michel, 2016, p. 133.

34 SPIVAK, 1993, p. 75.

35 RIBEIRO, 2017, p. 74-75.

36 SPIVAK, 1993, p. 76.

37 SPIVAK, 1993, p.78.

A noção de paridade participativa em Nancy Fraser

Frente ao exposto, para tratar de modelos de acesso à justiça que sejam mais democráticos, é útil recorrer a teoria do reconhecimento de Nancy Fraser e sua noção de paridade de participação.

Propondo uma ruptura com a ideia de reconhecimento conectada com “identidade”, a autora trata o reconhecimento como uma questão de status social. Nesse sentido, o reconhecimento dos indivíduos é garantido “através da condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social”³⁸ O não reconhecimento, por consequência, demonstra-se na “subordinação social no sentido de ser privado de participar como um igual na vida social”³⁹.

Partindo desses pressupostos, Nancy Fraser expõe que para reparar as injustiças no meio social, deve-se recorrer ao modelo de status que pretende romper com a subordinação, criando condições para sua participação como igual ao lado dos outros membros. Para ela:

Entender o reconhecimento como uma questão de status significa examinar os padrões institucionalizados de valoração cultural em função de seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais. Se e quando tais padrões constituem os atores como parceiros, capazes de participar como iguais, com os outros membros, na vida social, aí nós podemos falar de reconhecimento recíproco e igualdade de status. Quando, ao contrário, os padrões institucionalizados de valoração cultural constituem alguns atores como inferiores, excluídos, completamente “os outros” ou simplesmente invisíveis, ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social, então nós podemos falar de não reconhecimento e subordinação de status.⁴⁰

Nesse sentido, o não reconhecimento é uma negação da justiça. Fraser enfatiza que a reivindicação pela justiça não tem por objetivo a valorização da identidade de um grupo, mas o rompimento com a subordinação. Ou seja, o modelo de status pretende “desins-

38 FRASER, 2007, p. 107.

39 *Idem*.

40 FRASER, 2007, p. 108.

titucionalizar padrões de valor cultural que impedem a paridade de participação e substituí-los por padrões que a fomentam”.⁴¹

Portanto, para ela, a justiça reclama organizações na sociedade que possibilite a todos os membros da comunidade participarem entre si como parceiros. Assim, Fraser pontua que para haver paridade de participação, são necessárias duas condições. Em primeiro lugar, os recursos materiais devem estar distribuídos de modo a garantir independência e voz dos participantes⁴²:

Essa eu denomino a condição objetiva da paridade participativa. Ela exclui formas e níveis de desigualdade material e dependência econômica que impedem a paridade de participação. Desse modo, são excluídos os arranjos sociais que institucionalizam a privação, a exploração e as grandes disparidades de riqueza, renda e tempo livre, negando, assim, a algumas pessoas os meios e as oportunidades de interagir com outros como parceiros⁴³

Por outro lado, a segunda condição exige que os padrões institucionalizados respeitem igualmente todos os participantes, garantindo o mesmo respeito e igualdade de oportunidade para alcançar estima social:

Essa eu denomino condição intersubjetiva de paridade participativa. Ela exclui normas institucionalizadas que sistematicamente depreciam algumas categorias de pessoas e as características associadas a elas. Nesse sentido, são excluídos os padrões institucionalizados de valores que negam a algumas pessoas a condição de parceiros integrais na interação, seja sobrecarregando-os com uma excessiva atribuição de “diferença”, seja falhando em reconhecer o que lhes é distintivo.⁴⁴

Assim, para que seja possível falar em paridade de participação, ambas condições – objetiva e subjetiva – devem estar presentes. É partir desses pressupostos que Fraser formula sua teoria da justiça, a qual pode ser utilizada para despertar um olhar crítico sobre a ju-

41 FRASER, 2002, p. 16.

42 FRASER, 2007, p. 119.

43 FRASER, 2007, p. 108.

44 FRASER, 2007, p. 120.

risprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal, na legitimação dos grupos sociais.

A paridade participativa e a construção de uma nova interpretação ao inciso IX do art. 103 da Constituição Federal

A prática majoritária do STF que considera que entidade de classe está ligada a uma noção profissional ou econômica, e, conseqüentemente exclui os grupos sociais, pode ser vista como uma prática institucional que os priva de participar como iguais na vida em comunidade. Como visto, isso resulta na sua subordinação, uma vez que, para terem uma demanda discutida na corte, precisam que outros legitimados os “representem”.

Essa necessidade de dar voz aos silenciados se justifica, principalmente, se levarmos em conta que os grupos minoritários não são ouvidos no Parlamento. Por isso, a composição dos representantes do povo é cada vez menos fiel a diversidade da população. Tal sub-representação resulta na ausência de elaboração de leis que poderiam expandir e garantir direitos desses grupos, para privilegiar aqueles que efetivamente tem voz.

Além disso, a atividade legislativa desse grupo dominante pode implicar na supressão de direitos já garantidos para essas minorias. Como exemplo, podemos citar os recentes projetos legislativos elaborados por homens que visam impedir o aborto legal, até mesmo nos casos em que a gravidez é resultante de um estupro. Já que não lhes será garantida a paridade de participação no processo de rejeição desse projeto de lei, é necessário que a Corte seja receptiva as demandas desses grupos que são sistematicamente excluídos, por meio do controle de constitucionalidade. O cenário atual tem demonstrado que, “os grupos minoritários, que já não têm voz nas instâncias majoritárias, perdem o seu ‘lugar de fala’ também no Judiciário”.⁴⁵

É nesse sentido que Carvalho ressalta que a peculiaridade brasileira reside na “lenta marcha da cidadania entre nós, qual seja, a incapacidade do sistema representativo de produzir resultados que

45 RIBEIRO, 2017.

impliquem a redução da desigualdade e o fim da divisão dos brasileiros em casas separadas pela educação, pela renda, pela cor”⁴⁶

A partir de Nancy Fraser, se levarmos em conta essas proposições legislativas que ferem direitos das mulheres, podemos considerar que eventual discussão sobre sua constitucionalidade deverá se dar a partir dos argumentos desse grupo que tem seus direitos suprimidos. Nesse sentido:

No âmbito do STF, isso implica uma obrigação que em um determinado processo em que se discuta os direitos de um grupo minoritário, esse mesmo grupo tenha todas as oportunidades de ser, efetivamente, escutado. [...] Em outras palavras, não é possível construir uma interpretação constitucional que seja legítima sem produzir a interlocução real entre as diversas narrativas em disputa. [...] Fora desse cenário, a Constituição perde seus laços com as disputas da realidade social e, em vez de ser um instrumento de garantia de direitos de grupos fragilizados, corre o risco de ser tornar uma caixa-forte colaborando com a perpetuação de desigualdades construídas e mantidas por lobbies existentes desde antes da fundação da nossa atual ordem constitucional. ⁴⁷

Não é suficiente que doutrina defenda que a Constituição é um trunfo contra as maiorias, se, comumente, aqueles que detém poder de influência nas decisões a respeito do seu sentido são as próprias maiorias. Para que, efetivamente ela seja um trunfo contra as maiorias, requer-se que seja “desinstitucionalizados padrões de valor cultural que impedem a paridade de participação e substituí-los por padrões que a fomentam”.⁴⁸

A Corte deve dar ao art. 103 da Constituição Federal a interpretação que busque romper com as desigualdades que o próprio texto promete. Não se deve permitir que ela vá na sua própria contramão. Nesse ponto, mais uma vez, reforça-se a utilidade de recorrer a Teoria Crítica (no caso Nancy Fraser) para apontar (des) construções nesse locus, visando empregar a Constituição uma hermenêutica que emancipe:

46 CARVALHO, 2014, p. 228.

47 NUNES, 2017, p. 82.

48 FRASER, 2002, p. 16.

Quando se fala em hermenêutica emancipatória, é importante registrar que – não obstante o direcionamento primário da tese de ter sido no campo da cidadania e suas relações, num pano de fundo filosófico-político-sociológico-jurídico, com temas como o reconhecimento ético, o Estado, o sofrimento político, o sentimento constitucional – no âmbito da teoria do direito, mais especificamente no âmbito da aplicabilidade jurídica, a hermenêutica filosófica aparece como foco de resistência e afirmação de um “novo direito”. Um novo direito, ou melhor uma nova forma de se compreender/aplicar o direito advém de um novo “produto” de teorias críticas, que, por sua vez, objetivam a revisão de conceitos tradicionais que “cegam os que vêem” e cristalizam as práticas dos operadores jurídicos.⁴⁹

Portanto, a construção de espaços em que a paridade participativa se faça presente só será possível se abandonarmos tais concepções hermenêuticas que mantêm o status quo, em detrimento de uma que seja emancipatória e valorize o olhar e fala do oprimido.

O Mandado de Injunção e a omissão legislativa

Como é de amplo conhecimento, a promulgação da constituição de 1988 trouxe promessas com a instituição do Estado Democrático (de Direito), que, ainda após 30 anos de sua vigência, carecem de concretização. Tais efetivações, por sua vez, dependem da atuações do poder legislativo que, não raras vezes, se mantêm inerte na proposição de leis que visem assegurar a fruição desses direitos, seja pela não correspondência entre as “bandeiras ideológicas” daqueles que reclamam tais direitos, seja pela relação umbilical entre poder econômico e política.

Muitos direitos definidos na Carta da República ainda não foram regrados pelo Legislativo, permanecendo enclausurados na torre dos projetos de lei que aguardam votação. Tudo isso evidencia a necessidade de mudança de compreensão e postura em relação ao projeto constitucional, inclusive de

49 MOREIRA, 2009, p. 166.

incorporação de um diálogo entre as instituições e a sociedade.⁵⁰

Não obstante esse quadro, o art. 5º §1º da Constituição Federal determina que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Portanto,

há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente e vinculante desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário,(...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos⁵¹

Assim, para minimizar os efeitos negativos dessa inércia do poder legislativo e, para buscar maior aplicabilidade das normas constitucionais, temos o instituto do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Neste tópico, interessa a análise do primeiro.

Atualmente, o Mandado de injunção é regulamentado pela Lei 13.300, de 23 de junho de 2016. Conforme seu art. 2º, “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Portanto, esse instrumento visa garantir o exercício de direitos que carecem de norma reguladora e, uma vez reconhecido o estado de mora legislativa, conforme seu art. 8º, será deferida injunção para “determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, ou, ainda, para estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados”. Nesse sentido,

O mandado de injunção e, por que não dizer, a Lei no 13.300, de 2016, que o regulamenta, refletem, em certa medida, a re-

50 MARIN; BEZERRA, 2018, p. 67.

51 SARLET, 2018, p. 276.

cosa hermenêutica aos efeitos paralisantes de um esquema que insiste em neutralizar a produção imediata dos efeitos das normas constitucionais, em especial aquelas que investem o cidadão numa posição ativa de gozo de um direito-poder. Reconhecida a mora legislativa e comprovada a titularidade por parte do impetrante, a ação do mandado de injunção promove a concretização do direito, por meio de prestação normativa, provisória e efetiva.⁵²

Como discutido no decorrer desse texto, as ações de controle de constitucionalidade têm um rol que a jurisprudência emprega interpretação restritiva que acaba por fechar as portas da Corte para as minorias e a sociedade civil. Nesse aspecto de legitimidade ativa para provocação da Supremo em matéria de omissão do poder público, é interessante analisar as possibilidades do Mandado de Injunção Coletivo.

Nessa perspectiva, ao dispor a respeito dos legitimados ativos para promoção do Mandado de Injunção Coletivo, a Lei 13.300 trouxe a associação legalmente constituída, legitimando-a “para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”. Da análise desse dispositivo, é indubitável que o Mandado de Injunção Coletivo dá maior autonomia aos grupos sociais – organizados em associações – para a defesa de seus direitos que, embora presentes na Constituição, requerem atuação do Poder Legislativo. Por esse ângulo, visualiza-se que, frente à uma omissão legislativa, a defesa dos direitos das minorias pode ser melhor desempenhada através desse instituto e não da Ação de Controle de Constitucionalidade por Omissão, pois, como visto, a jurisprudência da Corte tem dado interpretação restritiva aos legitimados, encerrando as possibilidades de atuação desses grupos.

Desse modo, a instituição das associações como legitimadas pode ser vista como uma medida que – no âmbito do Mandado de Injunção – desinstitucionaliza padrões de subordinação das minorias na defesa de seus direitos, dando voz à mesmas e garantindo seus lugares de fala. Inclusive, como dito por João Paulo em ocasião da Assembleia Nacional Constituinte que culminou com a promul-

52 MARIN; BEZERRA, 2018, p. 67.

gação da Constituição de 1988,

Quanto à participação popular, quero deixar registrado que a marginalização política é um fato histórico na vida do País. Não temos instrumentos que facilitem a participação da sociedade civil, dos grupos nela organizados. Acho que todo o espaço que houver para mobilização, para motivação dessa participação política, deve ser estimulado.⁵³

Como se vê, a histórica exclusão e marginalização política que atrasa a emancipação dos indivíduos requer mecanismos de inserção dos mesmos na luta por reconhecimento, fazendo com o direito seja plataforma de efetivação de direitos e a Constituição tenha força normativa, não o contrário.

Considerações finais

Desde seu surgimento, o controle de constitucionalidade vem sendo defendido como instrumento capaz de reafirmar a supremacia da Constituição, de permitir uma nova interpretação do Texto Constitucional e uma leitura teleológica do ordenamento jurídico como um todo. Através dessa ferramenta, é possível ajustar as impropriedades do legislador, e garantir a homogeneidade interpretativa de acordo com ethos constitucional.

Na realidade brasileira, respeitar o Texto Constitucional, significa garantir a representatividade nos meios institucionais, ou, ao menos, permitir que aqueles que integram grupos vulneráveis ou pouco representativos nos meios competentes, tenham acesso aos instrumentos necessários para se defender contra eventuais supressões de direitos causadas pelo legislador ordinário.

A partir de pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito da legitimação daqueles que podem discutir a constitucionalidade de leis perante a Corte, podemos constatar que se fecharam as suas portas para as minorias e grupos sociais pela hermenêutica empregada.

Tal prática, além de claramente ir de encontro ao caráter da

⁵³ BRASIL, 1987, p. 16.

Carta Magna, que sempre pugna pela defesa de direitos sociais, dá ao controle concentrado feições de um instrumento que visa defesa dos interesses corporativistas, profissionais ou do próprio Estado, que pouco contribui para a construção permanente de uma sociedade democrática.

Sem a representação adequada, aliada a ausência de instrumentos para a defesa de seus direitos e exposição de suas pretensões, esses grupos vulneráveis se encontram em uma situação precária, completamente desamparados. A ausência de paridade de participação privilegia certos atores em detrimento de outros, impedindo que todos participem como iguais da vida em sociedade.

A manutenção dessa realidade apenas contribui para a propagação de um cenário em que os integrantes dos grupos subalternizados continuem nessa posição. Todo discurso se relaciona de forma complexa com as estruturas de opressão vigentes, assim, não se trata de uma questão de valorizar um grupo em detrimento dos outros, mas de fornecer as ferramentas para a igualdade.

Nesses termos, é essencial tratar da expansão da interpretação aplicada ao inciso IX, do artigo 103, da Constituição Federal, de forma a efetivamente abarcar a sociedade civil na jurisdição constitucional, e proporcionar à fração subalternizada da população um locus para interlocução, enriquecendo o debate.

Portanto, para que seja desinstitucionalizados tais padrões subordinativos e excludentes, defende-se o abandono dessa interpretação que impede a participação e o efetivo acesso de entidades de defesa de direitos sociais ao STF, vez que, o debate constitucional a partir de suas visões tende a enriquecer a pluralidade, a luta pelos direitos humanos e garantias fundamentais.

A paridade de participação na Corte é fundamental, também, para que se garanta o direito a voz dessas pessoas, buscando sensibilizar aqueles que julgarão suas demandas. Sua participação é questão de cidadania e de efetivação do acesso à justiça que, a partir de seus discursos pode apresentam-se visões de uma lógica própria do que vive a opressão cotidianamente.

A exclusão das minorias nesse debate pode gerar sucessivas exclusões, tornando-o antidemocrático. Desse modo, a naturalização da desigualdade não pode ser incorporada pelo próprio Judiciário.

Referências

ALCOFF, Linda Martín. *The Problem of Speaking for Others*. Syracuse. [1991]. Disponível em: <http://alcoff.com/content/speaothers.html>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018. 456 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça. 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=80&dataPublicacaoDj=30/04/2013&incidente=2226954&codCapitulo=5&numMateria=58&codMateria=1>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça. 14 out. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=198&dataPublicacaoDj=14/10/2011&incidente=2598238&codCapitulo=5&numMateria=155&codMateria=1>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 42. Relator: Min. Paulo Brossard. Diário da Justiça. 02 abr. 1993. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=02/04/1993&incidente=1487699&codCapitulo=5&numMateria=25&codMateria=1>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 691. Relator: Min. Ellen Gracie. Diário da Justiça. 03 set. 2002. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=03/09/2002&incidente=1532482&codCapitulo=6&numMateria=124&codMateria=2>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 894. Relator: Min. Néri da Silveira. Diário da Justiça. 20 abr. 1995. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+894%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+894%2EACMS%2E%29&base=base>>.

Acordaos&url=http://tinyurl.com/y4vpz2v2>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4294. Relator: Min. Eros Grau. Diário da Justiça eletrônico. 05 set. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=188&dataPublicacaoDj=05/09/2016&incidente=3759793&codCapitulo=5&numMateria=128&codMateria=1>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 527 Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário da Justiça eletrônico. 01 ago. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaD-J=AP&classe=ADP F&numero=527>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Lei no 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 jun. 2016.

BRASIL. Anais da Constituição. Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões). Subcomissão dos Direitos, Políticos dos Direitos, Coletivos e Garantias. Ata da Reunião de instalação realizada em 7 de abril de 1987. P. 16. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1b_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Politicos,_Dos_Direitos.pdf> Acesso em 25 fev. 2020.

CAPECCHI NUNES, Daniel; BRANDÃO, Rodrigo. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. In: UERJ. Revista de Direito da Cidade. Rio de Janeiro, 2018, v. 10, n. 1, p. 164-196.

CARDINALI, Daniel Carvalho. (Im)possibilidades de acesso à jurisdição do STF por movimentos sociais: alguns fatores de limitação. Revista Publicum: Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p.126-177.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 18. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, 254 p.

COSTA, Alexandre Araújo, et al. A quem interessa o Controle Con-

centrado de Constitucionalidade? O descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Universidade de Brasília. 82 p. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-aquem-interessa-o-controle.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, Outubro 2002, p. 16.

_____. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, p. 120, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em 30 Ago. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins. 6. Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009.

MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua; BEZERRA, Pedro Henrique Araújo de Alvarenga. Mandado de injunção e sentimento constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 55. n. 219 jul./set.2018. p. 53-73.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos filosófico-políticos da teoria da constituição dirigente adequada a países da modernidade tardia*. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009, p. 166.

_____. (org). *Teoria da Constituição: Modernidade, Identidade e (Lutas por) Reconhecimento*. Editora Unijui: Ijuí. 2015. 256 p.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do; GARRAFA, Volnei. Por uma vida não colonizada: diálogo entre bioética de intervenção e colonialidade. *Saúde Soc.* São Paulo, v.20, n.2, p.296, 2011.

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala? Letramento*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIE-

RO, Daniel. Curso de Direito Constitucional – 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Can the Subaltern Speak? In: WILLIAMS, Patrick; CHRISMAN, Laura (ed.). Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader. New York: Columbia University Press, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. (org). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

Constitucionalismo Televisionado: espetacularizado, cansado e ignorante

João Vitor Flavio de Oliveira Nogueira¹

TELEVISED CONSTITUTIONALISM

- *Eu raramente assisto aos “telões”, nem vou a corridas ou parques de diversão. Acho que é por isso que tenho tempo de sobra para ideias malucas.*²

Resumo: A midiaticização da justiça e a visibilidade extrema transformaram os juízes da suprema corte brasileira em figuras públicas. O fenômeno do televisionamento das sessões do Supremo Tribunal Federal (STF) representa a espetacularização da cultura constitucional. Nesse cenário, sustentado na sociologia de PIERRE BOURDIEU, investiga-se como o *espetáculo*, o *cansaço* e a *ignorância* afetam o campo simbólico do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Os reflexos das características das sociedades do *espetáculo*, do *cansaço* e da *ignorância* aparecem como espaços propícios para pesquisar as variáveis que interferem no jogo das decisões judiciais da mais alta corte do país. Questiona-se como o novo tempo altera aquilo que lhe é sagrado ou profano, sendo que nem a justiça tampouco a identidade constitucional se revelam como o principal interesse frente aos holofotes da mídia.

Palavras-chaves: Constitucionalismo; Espetáculo; Cansaço; Ignorância; Campos Sociais.

Abstract: The mediatization of justice and extreme visibility transformed the judges of the Brazilian Supreme Court into public figures. The live TV broadcast of the Supreme Court’s plenary ses-

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal de Uberlândia, membro do Grupo Polemos: Política, Imaginação e Futuro.

² BRADBURY, Ray. *Fahrenheit 451*: a novel. Simon and Schuster, 2012, p.27.

sions represents a *spectacularization* of constitutional culture. Hence, based on the PIERRE BOURDIEU's Sociology, this article aims to investigate how *the spectacle*, *burnout* and *ignorance* society affect the Brazilian Supreme Court's "symbolic field". The question is how new time changes what is sacred or profane, considering that neither justice nor constitutional identity are the main interests under the media spotlight.

Keywords: Constitutionalism; Spectacle; Burnout; Ignorance; Symbolic field.

Apresentação

A profanação da verdade simboliza o estigma de um tempo que prefere a representação à realidade. Em 1967, GUY DEBORD, com a obra *A sociedade do espetáculo*³, revelou que a ilusão atingiu um novo patamar de sacralidade, enquanto a verdade foi rebaixada ao status de profana⁴. Já no século XXI, o filósofo coreano BYUNG-CHUL HAN ensina, sustentado em Giorgio Agamben, que na *Sociedade do cansaço* a "profanação significa atribuir às coisas um uso diferente, um uso livre, um uso com objetivos estranhos"⁵.

Nesse sentido, a incultura e a não reflexão são exaltadas, porque o conhecimento já não é visto como um fim em si mesmo. Em uma sociedade que se contenta com um entretenimento digerido e com uma vazia espetacularização, a defesa dos direitos da ignorância surge como um sintoma do processo de depredação da verdade. Assim revelam os ensaios de *La sociedad de la ignorancia*⁶: "La ignorancia es atrevida, desacomplejada y, como todos en esta sociedad que constantemente reclama, exige también que se respeten sus derechos".

Seguindo essa ideia, a premissa "ter direito é uma maneira

3 DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Contraponto: São Paulo, 2016, p.13.

4 "E sem dúvida o nosso tempo...prefere a imagem à coisa, a cópia ao original, a representação à realidade, a aparência ao ser... Ele considera que a ilusão é sagrada, e a verdade é profana". (DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Contraponto: São Paulo, 2016, p.13).

5 HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015, p.121.

6 BREY, Antoni; MAYOS SOLSONA, Gonçal; CAMPÀS, Joan. *La sociedad de la ignorancia y otros ensayos*. Barcelona: Infonomia, 2009, p.79.

de ter razão” perde sua coerência, porque a própria ignorância reivindica seus direitos, como explicado pelo antropólogo ALAIN SUPIOT em *Homo Juridicus*⁷. Nesse processo de crise de sentido, a mídia ganha mais influência nos jogos de poder e na suposta “opinião pública”. O filósofo e jornalista CLÓVIS DE BARROS FILHO revela que a construção dessa opinião está imbricada na manipulação: “os meios não se limitam a impor os temas sobre os quais se deve falar, mas também impõem o que falar sobre esses temas”.⁸ Mais que controle, BYUNG-CHUL HAN denuncia que a “sociedade digital da vigilância”, que tem acesso, ao mesmo tempo, ao inconsciente-coletivo e ao comportamento futuro das massas, “desenvolve traços totalitários”.⁹

Sobre a metodologia aplicada no estudo, em primeira dimensão, partimos da análise bibliográfica do *espetáculo* em DEBORD, do *cansaço* e da *transparência* em HAN e da ignorância em BREY, CAMPAS e MAYOS. Em seguida, buscamos identificar os impactos da mídia, da opinião pública e da digitalização da vida nos comportamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Isso com base tanto nos discursos articulados durante os julgamentos televisionados quanto nos posicionamentos em bastidores e em entrevistas aos meios de comunicação. Nesse sentido, aplicamos a teoria dos campos sociais e da economia de capitais simbólicos no universo jurídico e na construção de seu *habitus* dentro da Suprema Corte (BOURDIEU). A partir do televisionamento ao vivo dos julgamentos do STF, pensamos sobre a dinâmica dos capitais e dos jogos simbólicos entre os ministros da corte constitucional, os jogadores.

Em termos mais práticos, buscamos investigar se a mídia e a opinião pública exercem seu poder quando os ministros constitucionais elaboram seus votos e quando se posicionam nos debates ao vivo. Analisamos, então, se as decisões da corte são guiadas pelas características da hipercomunicação e da psicopolítica por trás das telas. Em paralelo, pesquisamos quais as consequências simbólicas da hipervisibilidade para a identidade do constitucionalismo bra-

⁷ “Em inglês como em alemão, uma mesma palavra (right, Recht) serve, aliás, para designar o Direito e a razão, e até um francês pode compreender que ter direito é uma maneira de ter razão”. (SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. WMF Martins Fontes, 2007, p.181).

⁸ BARROS FILHO, Clóvis de. *Ética na comunicação*. São Paulo: Summus, 2003, p.183.

⁹ HAN, Byung-Chul. *No Exame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2018, p.134. A psicopolítica se empodera do comportamento social das massas ao acessar a sua lógica inconsciente.

sileiro. Nas deliberações dos onze ministros em especial, buscamos entender se o televisionamento e a midiaticização da vida alteram os comportamentos dos juízes constitucionais e a institucionalidade colegiada do Supremo Tribunal Federal (VIRGÍLIO DA SILVA, HÜBNER MENDES, VILHENA VIEIRA).

1. Guerra é Paz

A sociedade ocidental vive o curso de uma democracia de espectadores¹⁰ segundo o linguista NOAM CHOMSKY, uma vez que a política se transformou em um espetáculo e os cidadãos, em uma mera plateia desorientada. Ser visto e ser exposto tornaram-se as variáveis determinantes para a construção de valor. Na sociedade da exposição, BYUNG-CHUL HAN ensina que “as coisas, agora transformadas em mercadorias, têm de *ser expostas* para *ser*”¹¹. Muito além, aponta-se como uma sequela deste processo que “a consciência de estar exposto a um olhar cria, portanto, um vazio, atuando como desencadeador violento de processos de expressão”.¹²

Neste contexto de excesso de visibilidade e autoexposição, os meios de comunicação conquistaram um êxito social capaz de impor uma “opinião pública”, porque criaram um imaginário coletivo em que o valor cultural desaparece em favor do valor expositivo: “*Si no sales por televisión, no eres nadie* o, más recientemente, *si no apareces en Internet, no existes*”.¹³ Na economia de valores, o espetáculo é a afirmação da “aparência”, porque sua única mensagem é: “*o que aparece é bom, o que é bom aparece*”¹⁴. A sociedade do espetáculo tem em seus meios, ao mesmo tempo, a sua finalidade. Como ensina GUY DEBORD: “O espetáculo não quer chegar a outra coisa senão a si mesmo”¹⁵.

Na perspectiva de espetacularização e de rendição às novas regras impostas pela sociedade da ignorância, o fenômeno do televisionamento das sessões do Supremo Tribunal Federal (STF) é um

10 CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.14.

11 HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2017, p.27.

12 *Ibid.*, p.57.

13 BREY, Antoni; MAYOS SOLSONA, Gonçal; CAMPÁS, Joan. *La sociedad de la ignorancia y otros ensayos*. Barcelona: Infonomia, 2009, p.79.

14 DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Contraponto: São Paulo, 2016, p.17.

15 *Ibid.*, p.18.

feito social do processo de midiaticização. Por meio do artifício da lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002, o Ministro Marco Aurélio Mello, acumulando os cargos de presidente da mais alta corte e no exercício de presidente da república do Brasil, sancionou a criação da *TV Justiça*: “um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça”. Neste contexto, os holofotes da mídia se tornaram mecanismos de legitimação das decisões tomadas pela corte, porque tal “transparência” passou a ser vendida como sinônimo da vigência de um regime democrático.

O constitucionalista VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA explica que a publicidade extrema causada pelo televisionamento ao vivo das sessões do Supremo Tribunal Federal afetou, negativamente, as deliberações e as decisões dos ministros, porque, quanto maior a audiência, mais os juízes se preocupam com suas imagens públicas e suas apresentações frente às câmeras:

The extreme publicity of TV broadcasts negatively affects the possibility of “testing the arguments” because justices do not want to be perceived as persons who are not completely sure about the things they are saying (...) because justices, at least as much as anybody else, care about their self-presentation, and the larger their audience the more careful they have to be about their public image.¹⁶

Por causa da midiaticização e das necessidades criadas pelo *homo digitalis* [homem digital]¹⁷, todo capital jurídico expresso pelo Supremo Tribunal Federal transfigurou-se em um capital simbólico, visto como força, poder ou capacidade de exploração reconhecida como legítima, nas palavras do sociólogo PIERRE BOURDIEU¹⁸:

Ser conhecido e reconhecido também significa deter o poder de reconhecer, consagrar, dizer, com sucesso, o que merece ser conhecido e reconhecido e, em geral, de dizer o que é, ou melhor, o que consiste o que é, o que é preciso pensar a

16 DA SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013, p. 583.

17 HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Herder Editorial, 2014, p.26. “O capital gera suas próprias necessidades, que erroneamente percebemos como se fossem nossas”.

18 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: difel, 1989, p.296.

respeito, por meio de um dizer (ou predizer) performático capaz de fazer ser o que é dito ajustado ao modo de dizer (poder cuja variante burocrática é o ato jurídico e a variante carismática, a intervenção profética).

Os campos sociais são espaços de conflito e competição e, ao mesmo tempo, de concordância implícita. Recinto de adversários que simultaneamente “jogam o mesmo jogo”. Nele, todos são competidores, no entanto, comportam-se também como defensores das condições de reprodução do jogo e estabelecem o *habitus* do campo, ou seja: “uma determinada visão de mundo ou um determinado sistema de valor que legitime o domínio de um grupo”¹⁹. São os próprios jogadores que conservam as regras de entrada e de saída do campo, como explica PIERRE BOURDIEU, sendo que a aceitação das regras é em si a porta de abertura:

A existência de um *habitus* particular compreende a aceitação tácita das regras de conduta no campo, objetivadas na prática dos agentes concorrentes e colaboradores.²⁰

Segundo o próprio BOURDIEU, como “produto da transfiguração de uma relação de força em relação de sentido, o capital simbólico nos livra da insignificância, como ausência de importância e de sentido”²¹. Na nova era em que “o *curtir* é o amém digital”²², a construção de valor, a criação de sentidos e a legitimação do poder revigoram suas raízes nas novas igrejas ou sinagogas do mundo: as mídias digitais. No campo do direito brasileiro, o constitucionalismo *espetacularizado* é, em si, um anseio pela legitimação.

Se, como explica o constitucionalista MARCELO NEVES:

(...) no Brasil, o problema não reside primacialmente na falta de suficiente adequação e abertura (cognitiva) do sistema jurídico ao seu ambiente social (heterorreferência). (...) a autonomia operacional do direito é atingida generalizadamente

19 HAN, Byung-Chul. O que é poder? Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2016, p.82.

20 BARROS FILHO, Clóvis de. Ética na comunicação. São Paulo: Summus, 2003, p.100.

21 BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Lisboa: DIFEL, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p.296.

22 HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Herder Editorial, 2014, p.24.

por intrusões do código político.²³

Então, assim como o campo jurídico é “atingido” por intrusões do campo político, a estruturação das posições sociais, das decisões estabelecidas, dos troféus almejados e dos jogos de poder para acumulação de capital que constituem o Supremo Tribunal Federal é, também, atingida pela constante observação do novo *Big Brother*²⁴ digital.

Os onze ministros da mais alta cúpula de justiça do país decidem os rumos do constitucionalismo interessados não apenas na observação das regras e dos princípios presentes na Constituição de 1988, porque antes se interessam pelas consequências midiáticas que a opinião pública pode produzir. O próprio ministro do STF Luís Roberto Barroso, ao declarar que “é preciso interpretar a constituição em sintonia com o sentimento social”²⁵, confirma o anseio pelo acúmulo de capitais simbólicos que ultrapassem o campo jurídico. Como apontado por GUY DEBORD, em uma sociedade do espetáculo, “ser conhecido fora das relações espetaculares equivale a ser conhecido como inimigo da sociedade.”²⁶

O status de “guardião da constituição” deixou de simbolizar o troféu almejado por aqueles jogadores que já ocupam uma cadeira de ministro do STF, porque, para os onze juízes, o objeto de desejo se tornou um objeto já conquistado. Nesse sentido, “guardião da constituição” não se refere à capacidade tampouco à competência dos juízes, mas sim a uma posição relacional dentro do campo jurídico. Para os ministros, é mais valiosa a alcunha de *punitivista* ou *garantista* frente aos holofotes e conseqüentes críticas da mídia do que o troféu já conquistado de defensor da ordem constitucional. Por esta razão, os esforços de cada jogador não são voltados para garantir um capital jurídico, porque o próprio capital jurídico deixou de ser o principal e perdeu espaço para o capital midiático e, também, político. Em suma, os onze ministros buscam transfigurar o status de

23 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.245.

24 ORWELL, George. 1984. São Paulo: IBEP, 2003. Aqui, refere-se à distopia “1984”, como forma de releitura da onipresença das teletelas.

25 As declarações foram dadas pelo Ministro do STF no dia 02/04/2018, no lançamento do livro “A razão e o voto: diálogo constitucionais com Luís Roberto Barroso”, na Livraria Cultura, do Conjunto Nacional, em São Paulo.

26 DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Contraponto: São Paulo, 2016, p.180.

“guardião da constituição” em vantagem estratégica dentro de outros campos sociais.

No tocante aos posicionamentos, principalmente no campo do Direito Constitucional, não se reconhece como possível uma abordagem “neutra”, porque, como ensina RAONI BIELSCHOWSKY, “é no âmbito constitucional que Direito e Política aproximam-se de maneira indelével, em simultânea relação de tensão e complementariedade”²⁷. No reconhecimento do Direito como filho da Cultura, os discursos de neutralidade escondem, em si, um posicionamento dentro do campo, porque se encontram imersos em “uma rede de significados e valores que são, ao mesmo tempo, informados e construídos na cultura e que pretendem expressar o sentido de uma ordem justa”²⁸. Todo anseio pela legitimidade, portanto, esbarra na justificação, esta “que se coloca em referência semântica e simbólica”.²⁹

Em uma dimensão da cultura constitucional, o professor RAONI BIELSCHOWSKY ensina que a cultura e a identidade do constitucionalismo:

(...) se apresentam em um conjunto dinâmico de símbolos, significados, valores e estruturas que se sedimenta a partir de processos históricos e se coloca como forma política legítima da e à comunidade, em justificativa fundamentada nessa cosmovisão particular.³⁰

No jogo do espetáculo da corte, a garantia dos direitos dos espectadores é o último dos interesses atendidos. Apesar da transparência com o televisionamento, esta “absolutização do valor expositivo se expressa como tirania da visibilidade”.³¹ Na sociedade pornográfica, BYUNG-CHUL HAN alerta que o excesso de exposição transforma tudo em mercadoria, que “está à mercê da corrosão

27 BIELSCHOWSKY, Raoni. Cultura Constitucional. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p.3.

28 Ibid., p.4.

29 Ibid., p.3.

30 BIELSCHOWSKY, Raoni. Cultura Constitucional. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p.11.

31 HAN, Byung-Chul. Sociedade da transparência. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2017, p.35.

imediate, sem qualquer mistério”,³² sendo que a participação “ocorre em forma de reclamação e queixa”:

A reivindicação por transparência pressupõe a posição de um espectador a ser escandalizado. (...) Povoada por espectadores e consumidores, a sociedade da transparência funda uma *democracia de espectadores*³³.

2. Liberdade é escravidão

Sob a ditadura da transparência, BYUNG-CHUL HAN ensina que a observação midiática constante criou um *estado de coisas* em que os observados já não são livres para “discutir abertamente temas ou posições impopulares em um círculo confiável.”³⁴ A vigilância permanente por câmeras é responsável por um efeito panóptico, que resulta, por fim, em uniformização da comunicação e repetição do comportamento. Neste cenário de supressão de divergências, evita-se opiniões desviantes e ideais inabituais, sendo que “o dispositivo da transparência obriga a uma exterioridade total com o objetivo de acelerar a circulação de informação e comunicação.”³⁵

Em nome da transparência, a alteridade, o estranhamento e o segredo são desmontados, porque representam barreiras à comunicação ilimitada:

A sociedade da transparência elimina todos os rituais e cerimônias, visto que esses não podem ser operacionalizados, pois são impeditivos e atrapalham a aceleração da circulação da informação, da comunicação e da produção.³⁶

O filósofo sul-coreano BYUNG-CHUL HAN aponta que “a comunicação digital desconstrói a distância de modo generalizado”³⁷, porque a conexão digital possui uma temporalidade vinculada tanto à exaltação imediata quanto à possível descarga de afetos

32 Ibid., p.32.

33 Id., 2014, p.22.

34 Id., 2018, p.40. Aqui, o filósofo sul-coreano cita uma entrevista com o antigo prefeito de Hamburgo Ole von Beust (Die Zeit, 31/01/2013) em que o político se queixa da observação midiática constante e da falta de liberdade para o debate.

35 HAN, op. cit., p.20.

36 Id., 2017, p.71.

37 HAN, Byung-Chul. No Enxame: perspectivas do digital. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2018, p.12.

instantânea. Ao mesmo tempo, “nenhuma hierarquia clara separa o remetente do destinatário”³⁸. A própria distância distingue o respeito (*respectare*) do espetáculo (*spectare*), porque o ver sem distância é característico do *espetáculo*, enquanto “o respeito pressupõe um olhar distanciado”³⁹.

Por ser o alicerce da esfera pública, caso o respeito desapareça, ela desmorona, porque o privado e o público se misturam, por causa da falta de distância. Se a esfera privada é definida como “aquela esfera de espaço, de tempo onde eu não sou uma imagem”⁴⁰:

(...) não teríamos mais hoje qualquer esfera privada, pois não há, agora, nenhuma esfera em que eu não seria uma imagem, em que não haveria nenhuma câmera.⁴¹

De acordo com VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, a extrema publicidade das transmissões ao vivo da *TV Justiça* contribui para que as decisões sejam, progressivamente, menos o produto da deliberação colegiada e mais uma escolha individualizada. CONRADO HÜBNER MENDES denuncia que os onze ministros constituem as “onze ilhas”⁴², dotadas de autossuficiência no processo decisório. Como resultado, inexistente uma unidade institucional:

O Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como soma de votos individuais de seus ministros; (...) as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma “colagem”, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.⁴³

38 Ibid., p.16.

39 Ibid., p.11.

40 BARTHES, R. Die helle Kammer – Bemerkung zur Photographie [A câmera clara – Nota sobre a fotografia]. Frankfurt a. M., 1985, p.23 apud HAN, Byung-Chul. No *Enxame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2018, p.13.

41 HAN, Byung-Chul. No *Enxame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2018, p.13.

42 MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

43 DA SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 217, 2009.

Na reflexão sobre a perda de identidade da corte, que apresenta a soma de votos individuais como uma “colcha de retalhos”⁴⁴, BYUNG-CHUL HAN aponta que “o cansaço profundo afrouxa as presilhas da identidade. As coisas pestanejam, cintilam e tremulam em suas margens. Tornam-se mais indeterminadas, mais permeáveis, e perdem certo teor de sua decisibilidade”⁴⁵. Neste sentido, OSCAR VILHENA VIEIRA, ao falar sobre *supremocracia*, ensina:

Hoje, o que temos é a somatória de 11 votos (que, em um grande número de casos, já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros. Isto seria muito importante para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada, fosse mantida.⁴⁶

A sociedade do desempenho impõe que cada um se faça importante, porque torna o capital simbólico uma necessidade para *existir* no meio social. Nas palavras de DEBORD, vive-se o curso de uma “fabricação ininterruptas de pseudonecessidades”⁴⁷. Na sociedade expositiva, cada sujeito é seu próprio objeto-propaganda, pois tudo se mensura em *valor expositivo*.⁴⁸ Nesse cenário, BYUNG-CHUL HAN afirma⁴⁹:

Sim, hoje nós nos fazemos importantes nas redes sociais, no facebook. Nós produzimos informações e aceleramos a comunicação, na medida em que nos “produzimos”, nos fazemos importantes. Nós ganhamos visibilidade, expomo-nos como mercadorias.

Vejamos um exemplo. No livro “Os onze”, os jornalistas FELIPE RECONDO e LUIZ WEBER narram a entrada de Barroso e Gilmar Mendes no Twitter⁵⁰. Em 2017, os dois ministros foram pro-

44 GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; VALVERDE, Thiago Pellegrini. Justiça aristotélica e as onze ilhas do supremo tribunal Federal: a possibilidade de Justiça no caso concreto. REVISTA DA AGU, v. 16, n. 04, 2017, p. 398.

45 HAN, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2015, p.75

46 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracy. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

47 DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Contraponto: São Paulo, 2016, p.37.

48 HAN, Byung-Chul. Sociedade da transparência. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2017, p.32.

49 Id., 2015, p.126.

50 RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Editora Companhia das Letras,

curados por um executivo da rede social, que sugeriu que os juízes constitucionais abrissem um perfil no Twitter. Os benefícios foram expostos: contas verificadas, impulsionadas por algoritmos que proporcionariam um alcance maior. Eis o resultado: Barroso e Gilmar Mendes se tornaram celebridades e, somados, já acumulam mais de meio milhão de seguidores na rede social em 2020.

Para além desse caso simbólico, a era da superinformação prejudica, em última instância, a capacidade de distinguir o essencial do não essencial. Ao mesmo tempo, a enxurrada de informações é responsável também pelo surgimento de uma sociedade do cansaço, caracterizada pelo esgotamento mental, sendo que “mais informação e comunicação não esclarecem o mundo por si mesmo”, tampouco contribuem para a construção das decisões colegiadas⁵¹. Nas palavras de BYUNG-CHUL HAN:

Mais informação não leva necessariamente a melhores decisões. Justamente devido à crescente massa de informação a faculdade do juízo define hoje. Frequentemente, menos informação gera mais. A negatividade do deixar de fora e do esquecer é produtiva.⁵²

A ilusão de uma internet sem fronteiras sugeria uma liberdade ilimitada dentro do mundo digital. No entanto, como aponta BYUNG-CHUL HAN, “a liberdade e a comunicação ilimitadas se transformaram em monitoramento e controle total”⁵³. Na sociedade neoliberal do desempenho, o sujeito se projeta como empresário de si mesmo e se identifica como o promotor da própria liberdade. Na ânsia por se libertar de coerções externas, o indivíduo “submete-se agora a coações internas, na forma de obrigações de desempenho e otimização”⁵⁴.

Se o isolamento total não nos torna livres de fato, na mesma direção da concepção de liberdade como uma *palavra relacional*⁵⁵, ensina RAONI BIELSCHOWKY:

2019, p. 78.

51 Id., 2018, p.106.

52 HAN, Byung-Chul. No Enxame: perspectivas do digital. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2018, p.108.

53 Id., 2014, p.19.

54 Ibid., p.9.

55 Ibid., 2014, p.11. “Fundamentalmente, a liberdade é uma palavra relacional.

Como aponta Mayos, para Hegel, a liberdade nunca será tarefa particular e isolada de cada indivíduo, mas, sempre, de todos juntos em comunidade. (...) Ao contrário do conceito liberal, a liberdade, entendida de forma concreta, mais que colocar os indivíduos em conflito e em distanciamento, por que fechados em si mesmos, lança pontes entre eles.⁵⁶

3. Ignorância é Força

Se como ensina BYUNG-CHUL HAN, “inteligência significa *escolher entre* (do latim *inter-legere*)”⁵⁷, ela não é, portanto, livre. Isso porque não tem acesso ao *fora* e, ao mesmo tempo, está presa a um *entre* determinado pelo sistema. Sendo assim, a inteligência:

(...) não é de fato uma *livre escolha*, mas uma seleção de *ofertas* dispostas pelo sistema. A inteligência segue a lógica de um sistema. Ela é imanentemente sistêmica. Cada respectivo sistema define sua respectiva inteligência.

No mundo da hipercomunicação, ANTONI BREY alerta que a enxurrada de informação dificulta o processo de discernir o importante do supérfluo, sendo que, tal como um paradoxo inerente ao acúmulo indisciplinado de informações, a sociedade do conhecimento sofre da *infoxicación*:

(...) una intoxicación por exceso de información, que se traduce en una dificultad creciente para discriminar lo importante de lo superfluo y para seleccionar fuentes fiables de información.⁵⁸

Metaforicamente, como uma reação imunológica, surge uma postura de renúncia ao conhecimento também “por desmotivación, por rendición, y una tendencia a aceptar de forma tácita la comodidad que nos proporcionan las visiones tóxicas prefabrica-

56 MAYOS SOLSONA, Gonçal. G. W. F. Hegel. Vida, pensamento e obra. Barcelona, Planeta De Agostini, 2008, p. 112.

57 HAN, op. cit., 2014, p.114.

58 BREY, Antoni; MAYOS SOLSONA, Gonçal; CAMPÀS, Joan. La sociedad de la ignorancia y otros ensayos. Barcelona: Infonomia, 2009, p.26.

das.”⁵⁹ O comportamento compulsivo pela busca do imediato e pelo entretenimento já digerido traz, como consequência última, uma falta de capacidade crítica. Isso porque o tempo instantâneo não se compatibiliza com o tempo indispensável para o processo de seleção e de reflexão, inerente à construção do conhecimento. Logo, o *homo sapiens*, caracterizado pela reflexão e por sua capacidade de criar abstrações, converteu-se no *homo videns*, “uma criatura que mira pero que no piensa, que ve pero que no entende”.⁶⁰

Na sociedade que se autoproclama “do conhecimento”, o filósofo GILLES DELEUZE anuncia que “o novo idiota não quer, de maneira alguma, evidências, [...] ele quer o absurdo – não é a mesma imagem do pensamento”⁶¹. Sendo que a sociedade da ignorância carrega como estigma:

La cultura de un lapso de atención corto, en la cual los políticos ya no se dirigen a nosotros por medio de discursos, sino a través de “frases pagadizas” de treinta segundos, y a través de “momentos fotográficos”.⁶²

Nas palavras de ANTONI BRAY, “ciertamente, los individuos de cualquier época han mostrado siempre una tendencia a destacar la excepcionalidad de su tiempo y lo han hecho”⁶³. Se como aponta Guy Debord:

Assim como não se aprecia o valor de um homem segundo a ideia que ele tem de si próprio, não se pode apreciar – e admirar – uma sociedade qualquer tomando como indiscutivelmente verídica a linguagem que ela usa consigo mesma.⁶⁴

Logo, em que pesem as defesas dos direitos à transparência e

59 Ibid., p.26.

60 SARTORI, Giovanni. *Homo videns: televisione e post-pensiero*. Gius. Laterza & Figli Spa, 2014 apud BREY, Antoni; MAYOS SOLSONA, Gonçal; CAMPÁS, Joan. *La sociedad de la ignorancia y otros ensayos*. Barcelona: Infonomia, 2009, p.36.

61 DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?*. Editora 34, 2007 apud HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. Cidade?: Herder Editorial, 2014, p.110.

62 BREY, Antoni; MAYOS SOLSONA, Gonçal; CAMPÁS, Joan. *La sociedad de la ignorancia y otros ensayos*. Barcelona: Infonomia, 2009, p.124.

63 Ibid., p.11.

64 DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Contraponto: São Paulo, 2016, p.131.

à informação, a sociedade da hipercomunicação rejeita a própria faculdade analítica, que “consiste em deixar de lado todo material perceptivo que não é essencial ao que está em questão”⁶⁵. Sem a capacidade de reduzir ao essencial, “o excesso de informação faz com que o pensamento definhe”⁶⁶. A autoproclamada *Sociedade do Conhecimento* se torna, cada vez mais, uma sociedade da ignorância, porque carrega em si “la certeza de que cada vez es más difícil disponer de una visión equilibrada del conjunto, ni que sea de baja resolución.”⁶⁷

Na lógica da instabilidade que também atinge o constitucionalismo, a criação oficial do *Twitter* do STF revela que a suprema corte entrou em um jogo de espetacularização da nova comunicação. Nessa rede social, os caracteres são limitados (*máximo de 280 toques*), o que evidentemente impede a complexa argumentação que deveriam receber os casos jurídicos ligados a princípios constitucionais. Nas palavras de ALAIN SUPIOT:⁶⁸

A sigla “html” (*hypertext mark-up language*) marca bem a ruptura que a informática introduz em nossa relação com os textos. “*Mark-up language*” designa um formato universal: a informática *uniformiza* as diferentes classes de textos e apaga, com a diversidade de seus suportes materiais, a hierarquia que ordenava o mundo dos escritos desde a invenção da impressão (o livro, a revista, o jornal, o libelo, o cartaz, a carta etc). (...) ao adquirir, com hipertexto, uma terceira dimensão, o texto faz que se tenha acesso a um oceano de textos, movente e sem estruturas, aberto tanto à navegação como ao afogamento.

Se o conceito de constitucionalismo, como compreende JOSÉ JOAQUIM CANOTILHO, transporta em si um claro juízo de valor, sendo, no fundo, “uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a do liberalismo”⁶⁹. Então, a redução da linguagem e o ataque à complexidade do discurso simbolizam um empobrecimento da identidade constitucional, porque conforme

65 HAN, Byung-Chul. No Exame: perspectivas do digital. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2018, p.105.

66 *Ibid.*, p.105.

67 BREY, Antoni; MAYOS SOLSONA, Gonçal; CAMPÀS, Joan. La sociedad de la ignorancia y otros ensayos. Barcelona: Informa, 2009, p.26.

68 SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.147

69 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, DL 2003, p.51.

ensina RAONI BIELSCHOMSKY:

(...) identidade constitucional relaciona-se com as leituras particulares que cada comunidade jurídico-política faz dos preceitos e arranjos do constitucionalismo, articulando-os com suas identidades próprias – locais, nacionais, religiosas etc. –, em relação à cultura sobre a qual a Constituição opera, produzindo, assim, uma dada leitura do fenômeno constitucional.⁷⁰

O constitucionalismo *ignorante* germina, portanto, neste cenário de redução da linguagem ao simplesmente operativo, como explica o pensamento heideggeriano:

A crítica da instrumentalização da linguagem visa proteger o sentido, a dimensão conotadora e simbólica, contra a redução da linguagem ao nível da denotação, do simplesmente operativo. Não se trata apenas de salvar a mensagem linguística da ameaça da pura semiotividade.⁷¹

Mais além, aliada ao espetáculo e ao *cansaço*, os efeitos da ignorância que invade o Supremo Tribunal Federal, por meio das câmeras e da constante vigilância midiática, tornam a mais alta corte de justiça do país um programa da televisão brasileira (que poderá ser revisto no YouTube e exposto nos diversos noticiários):

La televisión y el cine, pero también cada vez más Internet, se convierten en el equivalente actual del “panem et circenses” del Imperio romano, que iniciaba su decadencia.⁷²

A audiência e a aparência se transfiguram em capitais simbólicos para a busca dos troféus que um ministro ou uma ministra podem desejar enquanto, também, figuras públicas, porque passaram a compor o processo de legitimação das decisões dos juízes. Sendo assim, no campo do STF, “a aparência, longe de ser uma coisa

70 BIELSCHOMSKY, Raoni. *Cultura Constitucional*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 220.

71 HEIDEGGER, Martin. *Que é isto – a filosofia?* Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1971, p. 50.

72 BREY, Antoni; MAYOS SOLSONA, Gonçal; CAMPÀS, Joan. *La sociedad de la ignorancia y otros ensayos*. Barcelona: Infonomia, 2009, p.234.

acessória, constitui, ao contrário, um momento essencial da essência”⁷³, tal como expõe o filósofo e jornalista CLÓVIS DE BARROS FILHO.

No jogo de interesses entre os onze ministros, como aponta o constitucionalista VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, as divergências entre os juízes, sob os holofotes das câmeras, são impulsionadas para marcar a posição dentro do campo (entre jogadores oponentes, por exemplo), e não para buscar um consenso, tampouco a construção de uma decisão que abranja a identidade e a cultura constitucional.

Embora seja plausível afirmar que não é necessário dispendar muito tempo e energia para manifestar uma divergência, isso só vale para aquelas divergências que expressam uma simples opinião, sem necessariamente envolver uma fundamentação mais sólida. Ou seja, uma divergência para marcar posição, não para estabelecer algum diálogo ou tentar convencer os outros de que há problemas na opinião majoritária. O ministro E parece deixar isso bem claro, ao afirmar que “divergir, ainda que laconicamente, é importante para não se vincular para o futuro.”⁷⁴

Por trás de uma infinidade de pseudodivergências midiáticas, dissimula-se o exatamente oposto: *uma convergência espetacular buscada com muita tenacidade*.⁷⁵ Portanto, se a adesão do *habitus* é em si a maneira mais precisa de aceitação das regras do campo, logo, assumir o papel de protagonista do espetáculo tornou-se uma estratégia para a acumulação de capital simbólico dentro da estruturação das posições do Supremo Tribunal Federal.

Se como interpreta MARCELO NEVES, na difícil relação entre *Têmis* e *Leviatã*, a “politização da justiça” causa um contexto em que “as cortes constitucionais estejam decidindo, fundamentalmente, de acordo com critérios políticos”⁷⁶. Então, no televisiona-

73 BARROS FILHO, Clóvis de. Ética na comunicação. São Paulo: Summus, 2003, p.49.

74 DA SILVA, Virgílio Afonso. De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal/Whom the Dissenters Dissent From: Defeated Opinions in the Brazilian Supreme Court. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 47, 2015, p.223.

75 DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Contraponto: São Paulo, 2016, p.171.

76 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Entre *Têmis* e *Leviatã*: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.235.

mento da justiça, o STF, enquanto “onzes ilhas”⁷⁷, decide conforme os critérios impostos pela sociedade do escândalo. O próprio ministro Luís Roberto Barroso afirmou em entrevista:

Você pode, eventualmente, ser contramajoritário, mas se repetidamente o Supremo não consegue corresponder aos sentimentos da sociedade, vai viver problema de deslegitimação e uma crise institucional.⁷⁸

Parafraseando DEBORD⁷⁹, quando o domínio de um “*status* midiático” assume uma importância muito superior ao valor daquilo que se deve fazer, é normal que tal *status*, em forma de capital simbólico, confira o direito de brilhar em qualquer lugar. Por essa razão, os onze ministros da corte de justiça do Brasil são, também, personagens públicas, enquanto imagem, figura e parte do espetáculo da mídia, que passam a se preocupar demasiadamente com suas performances. Nesse sentido, os jornalistas FELIPE RECONDO e LUIZ WEBER narram a transformação causada pela opinião pública e pelo televisionamento na instituição Supremo Tribunal Federal:

A opinião pública, tão diferente daquela que acompanhava os julgamentos no Rio de Janeiro há dois séculos, hoje assiste em massa e ao vivo às sessões e debate vivamente o STF, tamanho o protagonismo da Corte no palco nacional. Os ministros se tornaram atores políticos relevantes, com voz ativa e persona pública. Alguns são cotados para disputar cargos eletivos. Têm perfis em redes sociais, milhares de seguidores, admiradores e críticos ferozes.⁸⁰

77 MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. Folha de São Paulo, v.1.2010.

78 As declarações foram dadas pelo Ministro do STF no dia 02/04/2018, no lançamento do livro “A razão e o voto: diálogo constitucionais com Luís Roberto Barroso”, na Livraria Cultura, do Conjunto Nacional, em São Paulo.

79 DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Contraponto: São Paulo, 2016, p.174. “Quando a posse de um “*status* midiático” assume importância muitíssimo maior que o valor daquilo que se foi capaz de fazer realmente, é normal que esse *status* seja transferível com facilidade e confira o direito de brilhar, de modo idêntico, em qualquer lugar.”

80 RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2019, p. 299.

Conclusão

PIERRE BOURDIEU ensina que “a sociologia postula que há uma razão para os agentes fazerem o que fazem”⁸¹. Deve-se, então, descobrir essa razão para reinterpretar uma série de condutas, *a priori*, incoerentes e arbitrárias em algo possível da compreensão a partir de um conjunto coerente de princípios. Sob o mito da transparência, que é alimentado por transmissões ao vivo e acórdãos disponíveis na internet⁸², o *espetáculo*, o *cansaço* e a *ignorância* afetam o campo simbólico do Supremo Tribunal Federal. Assim como argumentam VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA e CONRADO HÜBNER MENDES, um tribunal constitucional transparente não é aquele que disfarça dilemas morais por trás de retórica jurídica. Ao contrário, “é aquele que expõe abertamente os fundamentos de suas decisões para que sejam escrutinadas no debate público”.

Para BOURDIEU, “todas as ações aparentemente desinteressadas esconderão intenções de maximizar alguma forma de lucro”⁸³. Logo, quando um ministro do STF utiliza seu poder de fala em um julgamento televisionado para dizer que o outro ministro “normalmente não trabalha com a verdade”,⁸⁴ ele dissimula uma intenção de se posicionar dentro do campo que nada contribui para a cultura constitucional. São duas as razões: primeiro, seu próprio interesse está contaminado pelos efeitos de uma sociedade da incultura. Em segundo lugar, o constitucionalismo é usado como meio, mas não um fim em si mesmo, tal como deveria ser a construção de qualquer conhecimento.

Como sintomas da sociedade da ignorância, o fenômeno da TV Justiça e o discurso da transparência conferiram aos ministros do STF um *status* midiático, esse que se tornou uma estratégia de valorização [até mesmo democrática] das decisões tomadas pela suprema corte, como argumenta OSCAR VILHENA VIEIRA:

81 BOURDIEU, Pierre. É possível um ato desinteressado. *Razões práticas*, v. 9, 1996, p.138.

82 SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de São Paulo*, São Paulo A, v. 14, p. 14, 2009.

83 BOURDIEU, op. cit., 1996, p.150.

84 “Aliás, Vossa Excelência normalmente não trabalha com a verdade”. (PLENO - EMENDA QUE EXTINGUIU TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO CE É CONSTITUCIONAL (2/2)). STF. YouTube. 27 de fev. de 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LKeBgIsHF6A>>. Acesso em: 28 de fev. de 2019.)

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.⁸⁵

A sociedade do escândalo prejudica não apenas a linguagem, por causa de sua instrumentalização, mas, também, o tempo das decisões judiciais. Ensina BYUNG-CHUL HAN que “a totalização do presente aniquila as ações *que dão tempo [zeitgebenden]* como o [se] responsabilizar e o prometer”.⁸⁶ Na sociedade sem respeito, “o espetáculo nada mais seria que o exagero da mídia, cuja natureza, indiscutivelmente boa, visto que serve para comunicar, pode às vezes chegar a excessos.”⁸⁷ Sendo assim, no funcionamento do campo jurídico:

A midiáticação de processos judiciais pode gerar julgamentos precoces e nocivos ao futuro andamento processual, principalmente no que tange a aplicação das garantias constitucionais. O tempo da notícia é completamente distinto do tempo do processo, ou seja, há diferenças consideráveis das dinâmicas entre a lógica midiática (dominada pela instantaneidade) e a lógica do processo judicial (fundamentado nos princípios da ampla defesa e do contraditório).⁸⁸

O culto à incultura e à ignorância representa uma barreira à construção da própria identidade constitucional, porque, como ensina RAONI BIELSCHOWSKY, “as ideias de identidade consti-

85 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracy*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

86 HAN, Byung-Chul. *No Exame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2018, p.107.

87 DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Contraponto: São Paulo, 2016, p.171

88 DA SILVA BORGES, Fernanda; ROMANELLI, Sandro Ballande. Supremo espetáculo: Aproximações sobre as imagens públicas do STF. *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, v. 21, n. 1, p. 11.

tucional e cultura constitucional aproximam-se e, em certa media, intersectam-se”⁸⁹. Ao mesmo tempo, a identidade constitucional é construída a partir de um discurso que recorre a outras identidades:

(...) esse discurso deve buscar construir pontes entre os abismos que internamente separam o *sujeito constitucional* em *eu e outro*, bem como, entre aqueles que separam a *constituição de fato* e os *preceitos do constitucionalismo*, para, assim, forjar uma base comum (*common ground*) entre os indivíduos, que dê suporte para uma identidade constitucional relativamente autônoma. A partir dela, o sujeito constitucional pode, sem perder sua identidade, transcendê-la, tornando-a mais inclusiva e plural.⁹⁰

Relembramos aqui o argumento de DEBORD: a espetacularização da sociedade rebaixou a verdade ao *status* de profana. Tomamos como significado que o “uso com objetivos estranhos” revela um processo de profanação⁹¹. Se admitirmos esse sentido, concluímos que a extrema publicidade do *constitucionalismo* praticado pelos onze ministros do STF é profanadora. Isso porque, ao usarem o capital simbólico de ministro do STF para legitimarem a atuação enquanto personas públicas, os juízes constitucionais assumem papéis de protagonismo do cenário político. Tal personificação das decisões da corte atrapalha o espírito de colegialidade da instituição. Para imaginarmos o “uso com objetivos estranhos” que caracteriza o *habitus* do tribunal, selecionamos aquilo que FELIPE RECONDO e LUIZ WEBER identificaram como uma soma de vícios do STF:

(...) os poderes quase discricionários do tribunal sobre sua agenda; o individualismo exacerbado de seus integrantes; a jurisprudência vacilante que pode mudar conforme as circunstâncias; as desconfianças entre os juízes com a consequente fragmentação do colegiado; os indícios de que julgamentos são contaminados pela disputa política; o embate sobre o papel do Supremo no combate à corrupção (se juiz

89 BIELSCHOWSKY, Raoni. *Cultura Constitucional*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p.222.

90 BIELSCHOWSKY, Raoni. *Cultura Constitucional*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p.221.

91 *Ibid.*, p.1.

ou xerife); a incapacidade de produzir soluções institucionais para seus problemas; a deferência à opinião pública; o poder que o presidente da Casa tem para colocar ou não um processo em pauta (sem nenhum controle externo ou pelos pares); a judicialização das disputas que deveriam ser travadas na política — e, nesse caso específico, a judicialização do processo eleitoral.⁹²

As sessões televisionadas da mais alta corte se transformam em um palco de espetáculo. Nele, os discursos são lançados pelos ministros com interesses de se posicionarem no campo e atacarem os demais jogadores frente às câmeras. “*Está sempre atrás de um interesse que não é o da justiça*”⁹³ é uma das frases proferidas pelo ministro Luís Roberto Barroso ao também ministro Gilmar Ferreira Mendes, em um dos julgamentos televisionados ao vivo.

A era da tecnologia e da hiperexposição nos indica que a abertura é a tendência global. No entanto, se é verdade que nenhuma Suprema Corte do mundo está tão aberta ao público como o STF brasileiro⁹⁴, também é verdade, portanto, que nenhum outro tribunal está tão vulnerável aos fenômenos sociais do espetáculo, do cansaço, da transparência e da ignorância quanto a corte constitucional brasileira. O livro “*Justices and Journalists: The Global Perspective*”, publicado em 2017 pela Cambridge University Press, confirma essa primeira constatação. Ao mesmo tempo que as transmissões ao vivo da TV Justiça, os perfis em redes sociais como Twitter, as entrevistas de ministros em redes de televisão aberta confirmam os holofotes que os jogadores do STF recebem diariamente, a cada manchete publicada, a cada vídeo de julgamento compartilhado.

Nesse sentido, na sociedade do escândalo, caracterizada pela ausência do *pathos da distância*, sem um olhar distanciado, o próprio respeito em relação às diferenças entre ignorância e conheci-

92 RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2019, p. 285.

93 PLENO - EMENDA QUE EXTINGUIU TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO CE É CONSTITUCIONAL (2/2). STF. YouTube. 27 de fev. de 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LKeBgIshF6A>>. Acesso em: 28 de fev. de 2019.

94 DAVIS, Richard; TARAS, David (Eds.). *Justices and Journalists: The Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017 apud RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2019, p. 78.

mento é aniquilado. Sendo assim, o sujeito do desempenho, que deseja se libertar das amarras políticas e culturais externas inerentes ao *homo sapiens*, acredita que pode, até mesmo, ressignificar o próprio conceito de democracia, como postula ISAAC ASIMOV:

“The strain of anti-intellectualism has been a constant thread winding its way through our political and cultural life, nurtured by the false notion that democracy means that “my ignorance is just as good as your knowledge”⁹⁵

Ao tempo que o anti-intelectualismo caracteriza um *homo videns*, porque apenas contempla a imagem e rejeita o pensamento, as sociedades do espetáculo, do cansaço, da transparência e da ignorância marcam uma nova era. Ao passo que o sujeito está imerso em hipercomunicação, *infoxicación e burnout*⁹⁶, metaforicamente, o novo tempo corrói aquilo que lhe é sagrado e proclama uma ditadura do profano. Na identidade do constitucionalismo brasileiro, uma abstração em que Direito e Política se relacionam dialeticamente em constante tensão e complementariedade, os onze ministros do STF disputam os capitais simbólicos em jogo. Os interesses e os posicionamentos para acumular reconhecimento e poder são afetados pelo televisionamento. As decisões político-jurídicas são influenciadas pelo imediatismo do novo tempo e pela manipulação da opinião pública. No tribunal constitucional mais midiaticizado do mundo, os juízes são personas da vida pública e protagonizam o teatro da política.

Referências

ASIMOV, Isaac. A cult of ignorance. Newsweek, v. 21, p. 19, 1980.

BARROS FILHO, Clóvis de. Ética na comunicação. São Paulo: Summus, 2003.

BIELSCHOWSKY, Raoni. Cultura Constitucional. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

BOURDIEU, Pierre. É possível um ato desinteressado. Razões práticas, v. 9, 1996.

95 ASIMOV, Isaac. A cult of ignorance. Newsweek, v. 21, p. 19, 1980.

96 HAN, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2015. “A SB (Síndrome de Burnout) é uma queima do eu por superaquecimento, devido a um excesso de igual.”

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Lisboa: DIFEL, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRADBURY, Ray. Fahrenheit 451: a novel. São Paulo: Simon and Schuster, 2012.

BREY, Antoni; MAYOS SOLSONA, Gonçal; CAMPÀS, Joan. La sociedad de la ignorancia y otros ensayos. Barcelona: Infonomia, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHOMSKY, Noam. Mídia: propaganda política e manipulação. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2015.

DA SILVA BORGES, Fernanda; ROMANELLI, Sandro Ballande. Supremo espetáculo: Aproximações sobre as imagens públicas do STF. Mediações-Revista de Ciências Sociais, v. 21, n. 1.

DA SILVA, Virgílio Afonso. De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal/Whom the Dissenters Dissent From: Defeated Opinions in the Brazilian Supreme Court. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 47, 2015.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, v. 250, 2009.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Contraponto: São Paulo, 2016.

GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; VALVERDE, Thiago Pellegrini. Justiça aristotélica e as onze ilhas do supremo tribunal Federal: a possibilidade de Justiça no caso concreto. REVISTA DA AGU, v. 16, n. 04, 2017.

HAN, Byung-Chul. O que é poder? Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2016.

HAN, Byung-Chul. No Exame: perspectivas do digital. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2018.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Herder Editorial, 2014.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Petrópolis Editora Vozes Limitada, 2017.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2015.

HEIDEGGER, Martin. *Que é isto – a filosofia?* Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1971.

MAYOS SOLSONA, Gonçal. *G. W. F. Hegel. Vida, pensamento e obra*. Barcelona, Planeta De Agostini, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Folha de São Paulo, v.1.2010.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: IBEP, 2003.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. *Entre a transparência e o populismo judicial*. Folha de São Paulo, São Paulo A, v. 14, p. 14, 2009.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. WMF Martins Fontes, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracy*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

Era *Lochner* à brasileira? A atuação do STF diante do esvaziamento dos direitos fundamentais do trabalho

A Brazilian *Lochner* Era? The conduct of STF in face of the diminish of fundamental labor rights

Caroline Rodrigues Oliveira Gomes¹

Resumo: O presente artigo tenciona a análise de marcos jurisprudenciais recentes do STF em matéria trabalhista e o modo pelo qual indicam tendência de esvaziamento dos direitos laborais previstos na Constituição de 1988. Para tanto, traça-se paralelos com a denominada Era *Lochner* da Suprema Corte norte-americana, vez que tal período é caracterizado pelo ativismo judicial da Corte em defesa da livre-iniciativa privada em detrimento dos direitos sociais. Em seguida, será apresentada a problemática da supremacia judicial enquanto embaraço à superação dos precedentes do STF em matéria trabalhista. A título de conclusões parciais, entende-se pela ausência de resolução acerca do papel contramajoritário desempenhado pelo Poder Judiciário, de modo que a discussão sobre os processos políticos democráticos deve ser direcionada sobre os alcances e possibilidades das deliberações extrajudiciais sobre o futuro de trabalho no país, em uma leitura que aproxima-se do constitucionalismo popular mediado proposto pela dogmática estadunidense. A metodologia empregada para este estudo tratou-se de abordagem qualitativa teórica, de caráter analítico, proposta a partir de investigações de cunho jurídico-dogmático. O procedimento técnico adotado foi de revisão

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF (2019-). Especialista em Direito e Processo do Trabalho no Instituto Latino-Americano de Direito Social (2019). Residente Jurídica do Departamento de Direito Aplicado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense em Niterói - CAJUFF/DDA (2017-2019). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF (2016). Advogada com experiência em Direito Trabalhista, Direito Administrativo e Direito Previdenciário.

bibliográfica e análise documental de artigos acadêmicos, doutrinas, leis e jurisprudências.

Palavras-chave: Direito constitucional do trabalho; Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial

Abstract: This article intends to analyze the recent precedents of Brazilian Supreme Federal Court (STF) in labor matters and the way in which they indicate a tendency to diminish labor rights provided by the Constitution of 1988. Thus, parallels are drawn concerning the so-called *Lochner* Era of the Supreme Court of United States, since this period is characterized by the Court's judicial activism in defense of free market to the detriment of social rights. Hereupon, the problem of judicial supremacy will be presented as an obstacle to overcome the STF's precedents on labor matter. Pertaining to partial conclusions, it is understood by the lack of resolution regarding the countermajoritarian role played by the Judiciary, so that the discussion on democratic political processes should be directed by the scope and possibilities of extrajudicial deliberations on the future of work in the country, in a reading that approaches the mediated popular constitutionalism proposed by American authors. The study methodology used was a qualitative theoretical approach, of an analytical character, proposed from investigations of a juridical-dogmatic nature. The technical procedure adopted was a bibliographic review and document analysis of academic articles, doctrines, laws and jurisprudence.

Keywords: Constitutional labor law; Brazilian Supreme Federal Court; judicial activism.

Introdução

A partir da posse do ex-presidente Michel Temer, em agosto de 2016, foi possível verificar, paulatinamente, a amplificação dos discursos e posicionamentos no Congresso Nacional em defesa de maior flexibilização do Direito do Trabalho. Este movimento, econômico e político, decorre diretamente da reestruturação dos modos de produção empresariais ocorrida a partir da década de 1990, não se tratando de novidade imposta pelos dirigentes públicos de então.

Sob as bandeiras de promoção de maior liberdade econômica e menor intervenção do Estado nas relações de trabalho, o mesmo movimento flexibilização de direitos sociais para atendimento das necessidades do livre mercado pode ser percebido em nível mundial. No Brasil, as legislações laborais mais expressivas produzidas desde 2016 – a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017) e a recente Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que delinea a denominada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – acarretaram ampla desregulamentação e violações das normas constitucionais de proteção ao empregado e à relação de emprego.

As justificativas apresentadas pelos parlamentares na defesa dos projetos de lei versam sobre a necessidade de modernização da legislação frente aos efeitos da disrupção tecnológica na seara trabalhista, assim como irrefreável crescimento dos índices de desemprego – tido como consequência direta da suposta rigidez das normas de proteção ao trabalhador. Mas serão estes os verdadeiros objetivos destas normas, ou estamos diante da privatização do Estado-Providência com intuito de favorecer a livre concorrência em detrimento dos direitos sociais laborais?

No que tange o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o problema da flexibilização trabalhista, as posturas adotadas não parecem ir em caminho oposto do Legislativo: com a argumentação pautada na necessidade de afastar empecilhos à livre organização da atividade empresarial, e conseqüentemente, demover limitações ao princípio da livre iniciativa, o Tribunal considerou recentemente a constitucionalidade da terceirização de atividades-meio e atividades-fim sem a oportuna correlação desta prática com a precarização das proteções laborais.

Há no contexto judiciário brasileiro semelhanças com a denominada Era *Lochner* (1895-1936), período em que a Suprema Corte dos Estados Unidos restou caracterizada pelo ativismo judicial conservador e pelo fundamentalismo econômico. A decisão paradigma deste período é *Lochner v. New York* (1905), cuja tese acolhida pela Corte privilegia a plena liberdade de atuação empresarial em prejuízo de normas de limitação da livre exploração do trabalho humano.

Partindo destas premissas, este estudo apontará as origens dos fenômenos econômicos e jurídicos que transformaram o direito do trabalho nas duas últimas décadas, buscando compreender as

produções normativas e jurisprudenciais que fundamentam a desregulamentação trabalhista no Brasil. Com base nas teorias normativas dos diálogos constitucionais, busca-se inquirir a problemática da supremacia judicial como embaraço à superação dos precedentes do STF em matéria trabalhista.

A metodologia empregada para este estudo tratou-se de abordagem qualitativa teórica, de caráter analítico, proposta a partir de investigações de cunho jurídico-dogmático. O procedimento técnico adotado foi de revisão bibliográfica e análise documental de artigos acadêmicos, doutrinas, leis e jurisprudências.

O primeiro tópico trata-se da análise do constitucionalismo no século XX e XXI, a partir das noções de Estado do bem-estar social e intervenção estatal nas atividades econômicas. Realiza-se um esforço jurídico-histórico com intuito de situar as origens dos princípios da ordem econômica insculpidos na Constituição de 1988 e sua aparente antinomia.

Em seguida, são examinadas as transformações das relações de trabalho sob o fenômeno de flexibilização laboral. Os desdobramentos desta, notadamente a terceirização, serão abordados aqui a partir da perspectiva de esvaziamento dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

O segundo capítulo dispõe das legislações infraconstitucionais que ocasionaram profundas alterações na regulamentação do trabalho contemporâneo nos últimos dois anos: a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que prevê a possibilidade da terceirização de atividades-meio e atividades-fim, e a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017). Após, procedeu-se pela inquirição dos fundamentos abordados pelo STF quando do julgamento da terceirização a partir dos julgados paradigmáticos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e na Ação de Declaração de Constitucionalidade nº 48, que reconhecem a ausência de vedação constitucional à terceirização total com fundamento no princípio da livre-iniciativa (art. 170 da CRFB/1988).

No derradeiro capítulo, propõe-se a revisão da problemática da supremacia judicial no direito brasileiro com base na teoria dos diálogos constitucionais da doutrina norte-americana e canadense, apontando, por fim, a inviabilidade de sua aplicação nas hipóteses de superação dos precedentes judiciais do STF nas questões laborais.

1. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E LIVRE-INICIATIVA

1.1. Da ordem econômica constitucional: Intervenção Estatal e o Estado Regulador

As Constituições liberais tiveram seu nascedouro com a queda do Antigo Regime e elevação da burguesia à classe social dominante. Seus fundamentos econômicos pautavam-se nas doutrinas de Adam Smith e Stuart Mill, que advogam pela desnecessidade de intervenção estatal, vez que a liberdade, inclusive econômica, é inerente aos homens.

Tal modelo de constitucionalismo viu seu declínio após a Primeira Guerra Mundial, marcando a crise do Estado e da ortodoxia liberal. Este momento histórico delineia o desmontamento do modelo de Estado social ou intervencionista (SADDY, 2018, p. 41), sendo as Cartas deste período influenciadas pela Constituição Mexicana (1917) e pela Constituição de Weimar (1919). Em breve síntese, pode ser caracterizado pela “[...] incongruência, a heterogeneidade, a hibridez” (BONAVIDES, 2008, p. 231), no sentido de unir visões juspositivistas e liberais com normas de conteúdo programático-principiológico de forte cunho político e social.

Todavia, a amplitude concedida à proteção de direitos sociais e econômicos não necessariamente constituiu uma aproximação com o ideário socialista. Como bem expõe José Afonso da Silva: “a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e da iniciativa privada” (2012, p. 788).

Desta forma, a fim de refrear o avanço da influência da doutrina socialista, o constitucionalismo moderno passará a reconhecer a viabilidade da intervenção estatal visando regular os conflitos sociais advindos da livre exploração do capital (GARCIA NETO, 2010, p. 247).

A Constituição Mexicana de 1917, como um dos grandes expoentes das transformações de seu tempo, tratou de sistematizar a questão da ordem econômica e da instauração do dirigismo econômico pelo Poder Público. No Brasil, tal disciplina jurídica virá, ini-

cialmente, na Constituição de 1934, sendo reencontrada nas Constituições de 1946 e – de forma mitigada – em 1988 (SILVA, 2012, p. 788).

Na definição de André Saddy do intervencionismo estatal, tem-se a existência de dois modelos:

[...] O Estado Social ou intervencionista, que tomou para si a tarefa de produção da riqueza e sua distribuição à sociedade, desconhecendo a propriedade privada e a autonomia contratual; e o Estado do bem-estar social, que, equidistante de ambos, busca elementos do Estado liberal e do Estado intervencionista, sendo que este se caracteriza, portanto, pela proclamação da livre iniciativa e da intervenção em proveito da sociedade, da existência de uma tutela da propriedade privada dotada de uma função social e por possuir um dirigismo contratual para a correção da assimetria (SADDY, 2016, p. 70-71).

Da transição do Estado Providência dos meados do século XX, verifica-se a consolidação do Estado neoliberal nas últimas décadas do mesmo século. Na Constituição brasileira de 1988, em seus artigos 170 e 174, há consagração de regime de mercado e opção “pelo processo econômico do tipo liberal, que só admite intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências” (SADDY, 2018, p. 81). Por outro lado, graças à constitucionalização dos direitos laborais, os impactos desregulatórios sobre estes a partir dos anos 1990 foram sentidos com menor densidade (CARELLI, 2019, p. 30).

No entanto, ao realizar análise crítica do constitucionalismo neoliberal, Alain Supiot considera a existência no plano econômico global de política “que visa o desmantelamento do Welfare State e à restauração da ‘ordem espontânea do Mercado’” (2014, p. 27), advinda da necessidade do neoliberalismo em “fazer do Estado um simples instrumento submetido a uma racionalidade que o ultrapassa” (2016, p. XXXII).

A atuação do Estado, portanto, não padece de neutralidade ideal quando da ponderação entre a valorização do trabalho e a livre iniciativa, como bem imagina a doutrina do Direito regulatório brasileiro (JUSTEN FILHO, 2014, p. 672/673; CARVALHO FILHO, 2015, p. 944). Não se verifica – como se verá adiante, na aplicação

normativa e jurisprudencial do art. 170 da Constituição de 1988 – postura de equilíbrio entre os direitos ali dispostos, mas a derrogação de direitos sociais perante as regras do direito da concorrência (SUPIOT, 2016, p. XXXVII).

1.2. A relação de trabalho: Desdobramentos econômicos e sociais

As formas de acumulação capitalista na contemporaneidade alteraram profundamente as morfologias do trabalho nos séculos XX e XXI. A partir da década de 1990, com a expansão do projeto neoliberal na política e economia brasileira,

[...] a flexibilização produtiva, as desregulamentações, as novas formas de gestão de capital, o aumento das terceirizações e da informalidade acabaram por desenhar uma nova fase do capitalismo no Brasil [...] típicas da era da acumulação flexível (ANTUNES, 2018, p. 120).

A noção de flexibilização laboral se contrapõe diretamente à de rigidez fordista, incluindo “flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo” (HARVEY, 2008, p. 140). Seu marco histórico é a instauração do padrão de produção toyotista nos anos 1970, e definido pela horizontalização e descentralização produtiva (ANTUNES, 2018, p. 155). A flexibilização, portanto, é conceito mais amplo, que abarca categorias de organização empresarial, gestão do tempo de trabalho e vínculo entre empregado e empregador (SANTOS, 2016, p. 35).

Em relação aos aspectos organizacionais e de vínculo na relação de trabalho, tem-se a já amplamente disseminada categoria da subcontratação, no Brasil comumente denominada terceirização. Não se trata de técnica nova de organização laboral, mas o fenômeno de sua expansão é recente, datando da década de 1990 (ANTUNES, 2018, p. 123; SANTOS, 2016, p. 41).

Há correlação de suas práticas com a precarização do emprego decorrente diretamente da pulverização do sindicalismo e poder de barganha dos empregados (SUPIOT, 2014, p. 125). A precarização implica, assim, a criação de categorias que impõem desigualdades entre empregados, com amplas desvantagens aos terceiri-

zados, como ganhos salariais menores, jornadas de trabalho maiores sem a correspondente remuneração proporcional pelas horas extras e ausência de benefícios como vale-alimentação e Participação nos Lucros e Resultados (ANTUNES, 2019. p. 160).

A noção de ampla liberdade na contratação, que orienta as práticas empresariais contemporâneas, encontra pouca restrição na atuação estatal. Apesar da impossibilidade de configuração do trabalho enquanto mercadoria, constante na Declaração de Filadélfia de 1944, aponta-se reiteradamente a “inflexibilidade” dos direitos trabalhistas como elemento limitador da concorrência, em escala global, sob o imperativo da eficácia econômica.

Alain Supiot aponta como efeito devastador do Mercado Total e sua racionalidade a “seleção natural dos sistemas normativos, pela prática da concorrência dos direitos”, com o surgimento de um “mercado de produtos legislativos, aberto à escolha de indivíduos livres para se colocarem sob a lei que lhes seja mais favorável” (SUPIOT, 2014, p. 58-59). Trata-se da concretização da concorrência no trabalho e no direito, e corrobora a sustentação da falsa neutralidade do Estado interventor, quando na verdade sua atuação pauta-se em tutelar a renda financeira do capital (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1773) em detrimento da proteção aos direitos laborais.

Sob esta perspectiva, serão analisados a seguir as formas de atuação políticas de esvaziamento dos direitos trabalhistas previstos na Constituição de 1988 promovidas pelo Poder Legislativo e Judiciário no contexto da promulgação e reafirmação da legislação ordinária que permite a ampla flexibilização de relações e direitos laborais.

2. Desregulamentação trabalhista

2.1. Atuação legislativa

A regulação da terceirização no Brasil, até 2017, provinha da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Editado no período de expansão desta forma de contratação, o enunciado impõe requisitos para a legalidade da relação de trabalho intermediada, estabelecendo vínculo de emprego com o tomador de serviços a fim

de proteger o empregado contra fraudes na contratação. Apesar destas prescrições, a súmula colaborou para a criação de zona cinzenta entre os conceitos de atividade-fim e atividade-meio, designando apenas que as primeiras não poderiam ser terceirizadas por constituírem-se de atividades nucleares da empresa (FRAGALE FILHO; SIQUEIRA NETO, 2018, p. 51).

Poucos meses antes da aprovação do texto final da Reforma Trabalhista, foi promulgada a lei nº 13.429/2017. O processo legislativo tratou da açodada recuperação de projeto de lei do ano de 1998, discutido pouquíssimas vezes durante os governos de Fernando Henrique Cardoso e Lula.

Os debates para aprovação da nova regulação pautaram-se pela necessidade de aumentar a competitividade em razão da flexibilização laboral, sequer abordando os problemas da qualidade dos contratos de trabalho terceirizados (FRAGALE FILHO; SIQUEIRA NETO, 2018, p. 60). Os pareceres da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ignoram os fundamentos constitucionais que dispõem da valorização do trabalho enquanto fundamento da República e da ordem econômica, e consideram, de forma lacônica, que para a “preservação plena da livre-iniciativa” não se pode impor limitações legislativas à organização do trabalho.

Em conjunto da possibilidade de terceirização total (art. 9º, §3º), a lei 13.429/2017 indica, em abstrato, que não haverá configuração de relação de emprego entre o tomador de serviço e o empregado (art. 4º-A, §2º), afastando a aplicação da súmula 331 do TST no que diz respeito ao reconhecimento de vínculo em hipótese de fraude trabalhista.

Ora, a norma poderia prever a natureza do contrato, mas não a natureza da relação entre as partes, vez que esta sempre será fática (CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 180). A previsão pré-determinada da relação de trabalho não se trata de inovação imposta pela lei de 2017: a lei dos transportadores de cargas (Lei nº 11.442 de 2007) e a lei das cabeleireiras, ou salão parceiro (Lei nº 13.352 de 2016) trazem em seu bojo dispositivos que esvaziam de antemão a caracterização de vínculo empregatício e, conseqüentemente, afastam as regras de proteção ao empregado e emprego previstas no artigo 7º da Constituição de 1988 e da CLT.

Com o advento da Reforma Trabalhista deu-se continuidade ao exaurimento do trabalho formal com a figura do trabalho

intermitente (art. 452-A). Houve também enfraquecimento da representação sindical, vez que a legislação altera dispositivos para retirar parcela considerável do poder de barganha destas entidades, “deslegitimando a representação sindical oficial” (CARELLI; CASA-GRANDE, 2018, p. 31-32).

Os argumentos para a aprovação precipitada da Reforma pautaram-se na construção de inverdades sem fundamentos empíricos e discussões equivocadas sobre o Direito e a Justiça do Trabalho, que terminaram por se enraizar no senso comum e com repercussões na fala de ministros do STF (CARELLI, 2019, p. 33-34; FRAGALE FILHO; SIQUEIRA NETO, 2018, p. 60).

As consequências destas reformas estruturais corroboram o andamento do desmonte progressivo das garantias constitucionalmente previstas de proteção aos direitos sociais trabalhistas. No contexto global do neoliberalismo, o fundamentalismo econômico é dogma que permite a desregulamentação do trabalho ante as pretensas vantagens do livre mercado (SUPIOT, 2014, p. 33). E esta problemática se agrava, no Brasil, em razão da reafirmação ativa de legislações que detém fortes traços de inconstitucionalidade trabalhista a partir da conduta também fundamentalista do STF.

2.2. Atuação do STF

Os fundamentos da República e da ordem econômica brasileira, dispostos no art. 1º e caput do art. 170 da Constituição Federal de 1988, são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Postos lado a lado, não indicam, no texto normativo, haver preponderância de um sobre o outro (CARELLI, 2014, p. 253; SADDY, 2018, p. 99).

No que tange a terceirização trabalhista, objeto de celeuma jurídico acerca da aplicação dos referidos princípios, o STF se pronunciou em duas oportunidades no controle concentrado de constitucionalidade – na Ação de Declaração de Constitucionalidade nº 48, em 2017, e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324, em 2018, ambas de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso – pelo prevalecimento da livre iniciativa sobre o trabalho. Os argumentos ponderados são majoritariamente de ordem normativa: a Constituição não proíbe a terceirização, pois não impõe uma única forma de estruturação da produção. Assim, deve

prevalecer a autonomia da vontade para organização e gestão da atividade empresarial, vez que os direitos fundamentais dos trabalhadores já encontram-se assegurados na Constituição e não sofrem maiores riscos de terem sua eficácia comprometida diante do quadro de flexibilização laboral.

As críticas formuladas sobre estes fundamentos baseiam-se na ausência de ponderação entre os princípios do art. 170 da Constituição, considerando que ambos não são absolutos (CARELLI, 2014, p. 253).

A obsolescência da legislação trabalhista diante da modernização dos processos produtivos e sociais também não foi esquecida: o Ministro relator aponta que a representação sindical não é prejudicada pela terceirização, e sim pelo fato que a organização dos sindicatos não funciona para esta categoria de empregados em virtude do sistema de unicidade sindical.

Acerca do fundamentalismo reiteradamente verificável nas decisões de cunho econômico da Corte, Bello, Bercovici e Lima realizam leitura da teoria fundamentalista sugerida por Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça em artigo acadêmico de 2007, e defendem que

Como princípio fundamental, a livre iniciativa deve, assim, fundar a compreensão do intérprete, não podendo ser minimizado ou interpretado de forma antagônica ao seu conteúdo, pois sua efetivação não pode ser frustrada, salvo em exceção expressa, não presumida, da própria constituição. Portanto, a livre iniciativa não seria um instrumento da realização dos objetivos constitucionais, mas um princípio inviolável em sua essência e conteúdo (2019, p. 1789).

As decisões do STF corroboram a possibilidade de descaracterização da relação de emprego descritas nas produções legislativas de desregulamentação do trabalho. O argumento para tanto reside na necessidade de eficiência econômica em detrimento da proteção dita “inflexível” das normas protetivas ao emprego. Em último grau, o problema reside em “não [...] adaptar a economia às necessidades dos homens, mas, ao contrário, de adaptar os homens às necessidades do mercado” (SUPIOT, 2014, p. 121).

Portanto, se verifica que a supremacia judicial, que atribuiria

ao STF a última palavra sobre o sentido da Constituição, agrava o quadro da desregulamentação do direito trabalhista em virtude da postura ativista dos julgadores, somada a alta seletividade de princípios e direitos constitucionais aplicáveis, assim como a auto assumida missão “progressiva e iluminista” da Corte (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1796).

3. Era *Lochner* à brasileira?

A Era *Lochner* da Suprema Corte dos Estados Unidos, no vocabulário constitucional contemporâneo, implica a compreensão do período em que o Tribunal se pautou em decisões de cunho ativista e conservador, marcadas por fundamentalismo econômico, em um contexto de crise constitucional entre os Poderes constituídos (CHOUDHRY, 2004, p. 4; RODRIGUES, 1992, p. 99). Sua denominação decorre do precedente *Lochner v. New York* (1905), no qual a Corte consolidou a interpretação de que legislação impositiva de regulação estatal na relação de trabalho implica interferência indevida na seara da livre iniciativa do empregador.

A base desta decisão e dos precedentes que se seguiram residia na aplicação da 14ª Emenda à Constituição norte-americana, que prevê o devido processo substantivo para proteção do cidadão frente à arbitrariedade do Estado. Sob este argumento, a Corte norte-americana passou a considerar a atuação legislativa indevida e irrazoável, por não se visualizar nos casos em debate controvérsias de saúde pública ou segurança aptas a justificar tal interferência normativa nas relações privadas (BERNSTEIN, 2005, p. 1488).

A atuação dita ativista do órgão de cúpula do Judiciário estadunidense não deve ser vista como simples aplicação das visões de mundo dos magistrados, mas antes, uma situação construída e influenciada por fatores políticos diversos (CAMPOS, 2016, p. 62). Em relação a *Lochner*, é possível verificar o julgamento como uma resposta deste Poder aos perigos da organização dos trabalhadores e da conseqüente ameaça anarquista advinda da sindicalização (NOURSE, 2009, p.776-777). A crítica constitucionalista sobre este, no entanto, considera que os fundamentos jurídicos postos não necessariamente refletem a legitimidade social sobre o debate (FRIEDMAN, 2001, p. 1454), motivo pelo qual se sustenta até os dias atuais

sua impopularidade.

A comparação entre a Suprema Corte dos EUA neste período e a conformação atual do STF em matéria trabalhista reside no propósito de contrapor as características marcantes da primeira, que são verificáveis no atual contexto jurisprudencial brasileiro, notadamente no que diz respeito à discussão da ilegitimidade social que permeiam as decisões do Supremo.

Neste desígnio, retoma-se os eixos do ativismo judicial e do fundamentalismo econômico a seguir.

3.1. *Ativismo judicial e fundamentalismo econômico*

O ativismo judicial na Era *Lochner* pode ser caracterizado como a limitação de políticas públicas, pelo Poder Judiciário, como forma de resistência à regulação distributiva advinda da legislação do New Deal (CHOUDHRY, 2004, p. 5; FRIEDMAN, 2001, p. 1388). Apesar da justificação legalista da interpretação judicial (FRIEDMAN, 2001, p. 1397-1398), as críticas formuladas à época versavam sobre a ilegitimidade democrática da Corte para desempenhar papel de formuladora das políticas públicas, dado que as decisões padeciam de ampla legitimidade social (FRIEDMAN, 2001, p. 1454).

Em contraste com as políticas públicas e legislativas de caráter progressista – que representavam o *status quo* da política majoritária dos anos compreendidos entre 1905 e 1937 – a Corte, em reação, adota posturas mais conservadoras que os órgãos eleitos (GRABER, 2006, p. 678) sobre os limites da regulação estatal nas relações privadas.

Apesar do amplo apoio às decisões pelos setores empresariais à época (NOURSE, 2009, p. 778-779), as críticas jurídicas e políticas não tardaram a aparecer. A “marca” do ativismo judicial contramajoritário, tal como apontado posteriormente, versava sobre a interpretação imprópria da cláusula constitucional do devido processo substancial com intuito de favorecer o livre mercado (BERNSTEIN, 2005, p.1470-1471).

Neste aspecto, em voto dissidente exemplificativo de restrição judicial, posicionou-se o *Justice* Holmes ao indicar que a Constituição não privilegia uma determinada doutrina econômica em detrimento de outras e, ainda, que caberia ao demais poderes que não o Judiciário a apreciação de desenhos regulatórios e políticas

públicas.

No entanto, a Corte permaneceu durante o período posterior à decisão de 1905 invalidando legislações federais e estaduais sob os mesmos eixos interpretativos: liberdade contratual e devido processo substantivo (RODRIGUES, 1992, p. 130 e 139), de modo que a jurisprudência aceca da regulação das relações laborais permaneceu relativamente uniforme por quase 30 anos.

Em relação ao STF, o fundamentalismo na interpretação do artigo 170 da Constituição de 1988 também faz-se presente. A previsão constitucional visa privilegiar certo equilíbrio entre as noções de valorização do trabalho humano e a livre iniciativa enquanto princípios da ordem econômica. Há nisto abertura interpretativa para a pluralidade de sentidos – sob a ótica liberal ou social – que não indicam opção do legislador constituinte por uma única visão econômica.

Todavia, não foi esta a leitura recente do STF no julgamento da ADPF 324, julgada em 30.8.2018. Na referida decisão, a Corte brasileira indica tendência favorável à redução da (supostamente) ampla intervenção estatal em matéria trabalhista, vez que esta é diretamente relacionada com os altos índices de desemprego e informalidade. Ademais, a mera enunciação da existência dos direitos constitucionais do trabalho aparenta ser suficiente para sua verificação nas práticas concretas, de sorte que não há que se falar, para a Corte, em desregulação da proteção normativa nas relações de trabalho.

Outrossim, na mesma decisão é possível verificar o que se classifica como ativismo procedimental. Na definição de Guilherme Peña de Moraes, esta forma de ativismo se caracteriza

[...] pelo princípio da adaptabilidade, que investe os tribunais constitucionais no poder de suprir a incompletude ou inconsistência, ou então a inconveniência ou inoportunidade da aplicação o Direito Processual Constitucional (2019, p. 24).

O questionamento oposto na ADPF tratou-se da já referida súmula nº 331 do TST. No entanto, há no juízo de admissibilidade da ação constitucional violação de precedente do próprio Plenário do Tribunais, pois em 2017 restou assentado no julgamento da ADPF 501 a impossibilidade da medida para inquirição constitucional de súmula dos tribunais. A argumentação construída pelo relator, no

entanto, aduz tratar-se a súmula de conjunto de decisões judiciais, aptas a serem apreciadas via Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais.

Diante de tal quadro, é de se verificar as similitudes que aproximam a Suprema Corte brasileira atual da conformação do início do século XX da Corte estadunidense. No que tange o direito do trabalho, não é possível afirmar que a Corte detém o insulamento político necessário condizente com atuação contramajoritária em defesa de princípios constitucionais que se oponham ao entendimento do *status quo* vigente. Há, em verdade, convergência e continuidade ideológica entre as instituições do Executivo, Legislativo e Judiciário que possibilitam a atuação expansiva deste último, implicando-se na possibilidade de arrogar para si a interpretação sobre o sentido último da Constituição.

4. Diálogos constitucionais: Para além da Supremacia Judicial

As críticas formuladas à supremacia judicial versam sobre a legitimidade das decisões da Corte Constitucional em um sistema democrático de tomada de decisões. A formulação de precedentes, apesar de ocasionar redução do “caos” interpretativo sobre os sentidos da Constituição (ALEXANDER; SCHAUER, 2000, p. 473) implica dificuldade de rediscussão das matérias a partir de deliberações externas ao Poder Judiciário (BRANDÃO, 2017, p. 356). Ainda que este poder seja o mais apto para realizar a interpretação, isto não implica que seja o único autorizado a proceder nesta tarefa (FRIEDMAN, 1993, p. 580/581).

As teorias dos diálogos constitucionais, em suas diversas facetas, partem deste pressuposto para constatar que as decisões judiciais não significam a palavra final sobre o sentido da Constituição, mas antes, permitem a integração do Judiciário com os outros poderes, notadamente o Legislativo, em busca de consenso democrático para busca da melhor solução interpretativa. Com o objetivo de ponderar sobre as alternativas de conciliação da supremacia judicial e do controle de constitucionalidade com a democracia deliberativa, as teorias dialógicas visam análise dos desenhos institucionais de cada Poder e como tais características influenciam em seus mecanismos decisórios (BATEUP, 2005, p. 11 e 30).

Para Barry Friedman, os diálogos constitucionais podem ser iniciados e guiados pelo Judiciário, sem necessariamente significar que o posicionamento deste seja definitivo. Este poder tem a grande vantagem de sintetizar e modelar o debate constitucional, de modo que o escopo da controvérsia se encontrará melhor definido após a decisão judicial (FRIEDMAN, 1993, p. 668). Uma vez iniciado o diálogo, a resposta extrajudicial poderá vir dos outros poderes – democraticamente constituídos – em uma relação circular e não mais linear, como se pressupõe da existência da supremacia judicial (VAN HOECKE, 2001, p. 418), conferindo a legitimidade a partir da deliberação democrática sobre o sentido do ditame constitucional.

No caso brasileiro, verifica-se as condições necessárias para a ocorrência de trocas e superação legislativa da decisão judicial, que são os mecanismos de superação normativa das decisões do STF por meio de emendas constitucionais (mais rígido e de maior custo político) e leis ordinárias (BATEUP, 2005, p. 12 ; BRANDÃO, 2017, p. 357 e 376/377). Em virtude disto, Rodrigo Brandão pondera pela impossibilidade de reconhecimento da supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro, vez que “absoluta legitimação ex ante” das decisões do STF “se afigura incompatível com a exigência de justificação da compatibilidade de suas decisões com a Constituição de 1988, que é corolário do dever de fundamentação das decisões tomadas pelas autoridades públicas em uma democracia deliberativa” (BRANDÃO, 2017, p. 343).

A teoria dos diálogos possui como vantagem a possibilidade de integração, e não alienação, do Judiciário aos demais poderes. Neste sentido, disserta Brandão que

Um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa ao autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) prevê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas, o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de qualquer dos Poderes, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal (BRANDÃO, 2017, p. 404/405).

4.1. Superção dos precedentes do STF em matéria trabalhista?

A teoria dos diálogos constitucionais prevê prognósticos normativos para superação dos precedentes das Cortes constitucionais em razão das trocas democráticas entre os Poderes constituídos. Considerando, portanto, que as decisões judiciais sobre temas constitucionais não são definitivas (FRIEDMAN, 1993, p. 644) nem que nenhum Poder é infalível em suas deliberações (BRANDÃO, 2017, p. 407), a superação dos nocivos precedentes trabalhistas do STF poderá ocorrer em momento político mais propício.

Rodrigo Brandão salienta que parte da vantagem contramajoritária da Suprema Corte de insulamento político e proteção dos interesses das minorias é esvaziada pela constatação empírica de que “o Judiciário logrará fixar o sentido definitivo da Constituição em controvérsias de grande saliência política, sobretudo quando estiverem em jogo preferências centrais às coalizões governamentais dominantes e a grupos de interesses bem articulados” (BRANDÃO, 2017, p. 402).

Esta é justamente a hipótese da desregulação normativa dos direitos trabalhistas constitucionais. A perspectiva dos grupos políticos e econômicos dominantes instiga a flexibilização das relações laborais, de modo que as decisões atuais do STF e a produção normativa não indicam intenções futuras de irem contra a corrente majoritária.

Conclusões parciais

Porquanto, a título de conclusões parciais, tem-se o seguinte panorama: em razão de não resolução da controvérsia contramajoritária no Poder Judiciário, assim como a verificação de embotamento da participação popular no processo legislativo trabalhista, a discussão sobre os processos políticos democráticos deve ser direcionada sobre os alcances e possibilidades das deliberações extrajudiciais sobre o futuro de trabalho no país. Neste sentido, indica Brandão que a superação legislativa dos posicionamentos judiciais se dá quando da participação de entidades de representação sociais bem organizadas (BRANDÃO, 2017, p. 319), como poderia ser o caso dos sindicatos e da sociedade civil.

Alguns dos caminhos propostos para tanto, pela teoria dos diálogos de Friedman – que tangencia a hipótese do constitucionalismo popular mediado – não são satisfatórias para além do plano normativo. Há indicação que o Judiciário ainda deteria protagonismo neste processo, dado o papel de “guia” que desempenharia na condução da controvérsia (FRIEDMAN, 1993, p. 654). Esta solução não parece ser a mais aconselhável no Brasil, pois o STF considera que seu papel “iluminista” o transforma no único capacitado para resolução de conflitos constitucionais, ainda que sem suporte da teoria em debate.

A partir dos apontamentos dissertados neste estudo, objetiva-se em pesquisa futura análise das tensões necessárias para a alteração da jurisprudência, bem como as possibilidades de aplicação de teorias do constitucionalismo popular no contexto brasileiro enquanto motriz de alterações legislativas favoráveis aos direitos dos trabalhadores.

Referências bibliográficas

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. In: *Constitutional Commentary*, v. 17, p. 455-482. Disponível em <<https://scholarship.law.umn.edu/con-comm/603/>>. Acesso em 12.9.2019.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: asserting the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em 6.9.2019.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: *Espaço Jurídico*, v. 8, n.2, p. 133-154, 2007. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuri->

dico/article/view/1897/965>. Acesso em 7.11.2019.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? In: Revista Direito e Práxis, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019. Disponível em <<http://tiny.cc/ef7fcz>>. Acesso em 28.6.2019.

BERNSTEIN, David E. *Lochner v. New York*: a centennial retrospective. In: Washington University Law Review, v. 83, n. 5, p. 1474-1527, 2005. Disponível em <http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol83/iss5/2>. Acesso em 23.9.2019.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://tiny.cc/qus58y>> Acesso em 20.3.2019.

_____. Lei federal nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei no 6.813, de 10 de julho de 1980. Disponível em <<http://tiny.cc/y4kicz>>. Acesso em 10.9.2019.

_____. Lei federal nº 13.352, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei nº 12.592, de 18 de janeiro 2012, para dispor sobre o contrato de parceria entre os profissionais que exercem as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador e pessoas jurídicas registradas como salão de beleza. Disponível em <<http://tiny.cc/zxhicz>> Acesso em 10.9.2019.

_____. Lei federal nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em <<http://tiny.cc/l0hicz>>. Acesso em 10.9.2019.

_____. Lei Federal nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em <<http://tiny.cc/52egcz>>. Acesso em 9.9.2019.

_____. Medida Provisória nº 881 de 30 de abril de 2019.

Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em <<http://tiny.cc/27egcz>>. Acesso em 9.9.2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. In. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 60, abr./jun. 2016, p. 59-117. Disponível em <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf>. Acesso em 28.11.2019.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. In. Revista do TST, v. 80, n. 3, p. 239-256, 2014. Disponível em <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/71183>>. Acesso em 15.9.2019.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio. Reforma trabalhista: reflexões críticas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. La reforme du droit du travail de 2017. In: *Chronique Internationale de l'IRES*, v. 166, p. 29-37, 2019. Disponível em <<http://tiny.cc/rloucZ>>. Acesso em 16.9.2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHOUDHRY, Sujit. The Lochner era and comparative constitutionalism. In: *I.CON*, v. 2, n. 1, p. 1-55, 2004. Disponível em <<https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2282/>>. Acesso em 28.7.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of the United States. Disponível em <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm> Acesso em 28.10.2019.

FRAGALE FILHO, Roberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. Reforma Trabalhista: uma cartografia das discussões equivocadas, esquecidas e frustrantes. In: *Revista Fevereiro – Política, teoria e cultura*, v.10, p. 48-62, 2018. Disponível em <<https://revistafevereiro.com/pdf/10/1.pdf>>. Acesso em 27.7.2019.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. In: *Michigan Law Review*, v. 91, n. 4, p. 577-682, 1993. Disponível em <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol91/iss4/2/>>. Acesso em 13.9.2019.

_____. The history of the countermajoritarian dif-

ficulty, part three: the lesson of Lochner. In: *New York University Law Review*, v. 76, n. 5, p. 1383-1455, 2001. Disponível em <<https://www.nyulawreview.org/issues/volume-76-number-5/the-history-of-the-countermajoritarian-difficulty-part-three-the-lesson-of-lochner/>>. Acesso em 23.9.2019.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. *A questão social na Era Vargas*. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (orgs.) *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: 1930, dias atuais*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRABER, Mark A. *Does it really matter? Conservative courts in a conservative era*. In: *Fordham Law Review*, v. 75, n.13, nov. 2006, p. 675-708. Disponível em <http://fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/assets/pdfs/Vol_75/Graber_November.pdf>. Acesso em 28.11.2019.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. 17ª ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, constituição e direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thig after all)*. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n.1, p. 75-124,

1997. Disponível em <<http://tiny.cc/fxptcz>>. Acesso em 9.9.2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KATYAL, Neal K.. Legislative constitutional interpretation. In. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, n. 532, p. 1335-1394, 2001. Disponível em <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/532/>>. Acesso em 14.9.2019.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e autonomia processual da justiça constitucional. In. Revista Direito em movimento, v.17, p. 15-33, 2019. Disponível em <<http://tiny.cc/s1i0gz>>. Acesso em 28.11.2019.

NOURSE, Victoria F. A tale of two Lochners: The untold history of substantive due process and the idea of fundamental rights. In. California Law Review, v. 97, p. 751- 800, jun. 2009. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/239826004_A_Tale_of_Two_Lochners_The_Untold_History_of_Substantive_Due_Process_and_the_Idea_of_Fundamental_Rights>. Acesso em 27.1.2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho. A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia na sua vigésima sexta sessão, adota, neste décimo dia de Maio de 1944, a presente Declaração dos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, bem como dos princípios nos quais se deveria inspirar a política dos seus Membros. Disponível em <<http://tiny.cc/5x0tcz>>. Acesso em

16.9.2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação n° 198, relativa à proteção do trabalho. Disponível em < <http://tiny.cc/zsfscz>>. Acesso em 15.9.2019.

RODRIGUES, Leda Boechat. A Corte Suprema e o direito constitucional americano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SANTOS, Thayssa Botelho dos. Esse é tempo de trabalhos partidos: vestígios da fissuração no local de trabalho brasileiro. 2016. 233f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2016

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. 1ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2016.

SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. 1ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 48. Requerente: Confederação Nacional do Transporte. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. 19 de dezembro de 2017. Disponível em <<http://tiny.cc/hfsgcz>>. Acesso em 9.9.2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Requerente: Associação Brasileira do Agronegócio. Intimado: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. 30 de agosto de 2018. Disponível em <<http://tiny.cc/b0dgcz>>. Acesso em 8.9.2019.

VAN HOECKE, Mark. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. In: *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, p. 415-423, 2001. Disponível em <<https://doi.org/10.1111/1467-9337.00190>>. Acesso em 14.9.2019.

