

Polifoni

Paulist

cademia

de

Direito

n. 16

Primavera/Verão 2025



POLIFONIA

REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO N. 16 NOVA SÉRIE 2025 PRIMAVERA/VERÃO

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CAPES/QUALIS A3

N. 16 Nova Série

2025

Primavera/Verão

ISSN da versão impressa: 2236.5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

SUMÁRIO - SUMMARY:

EDITORIAL - MASTHEAD

01 –

NOTA DO EDITOR – EDITOR’S NOTE

09 – Alfredo Attié

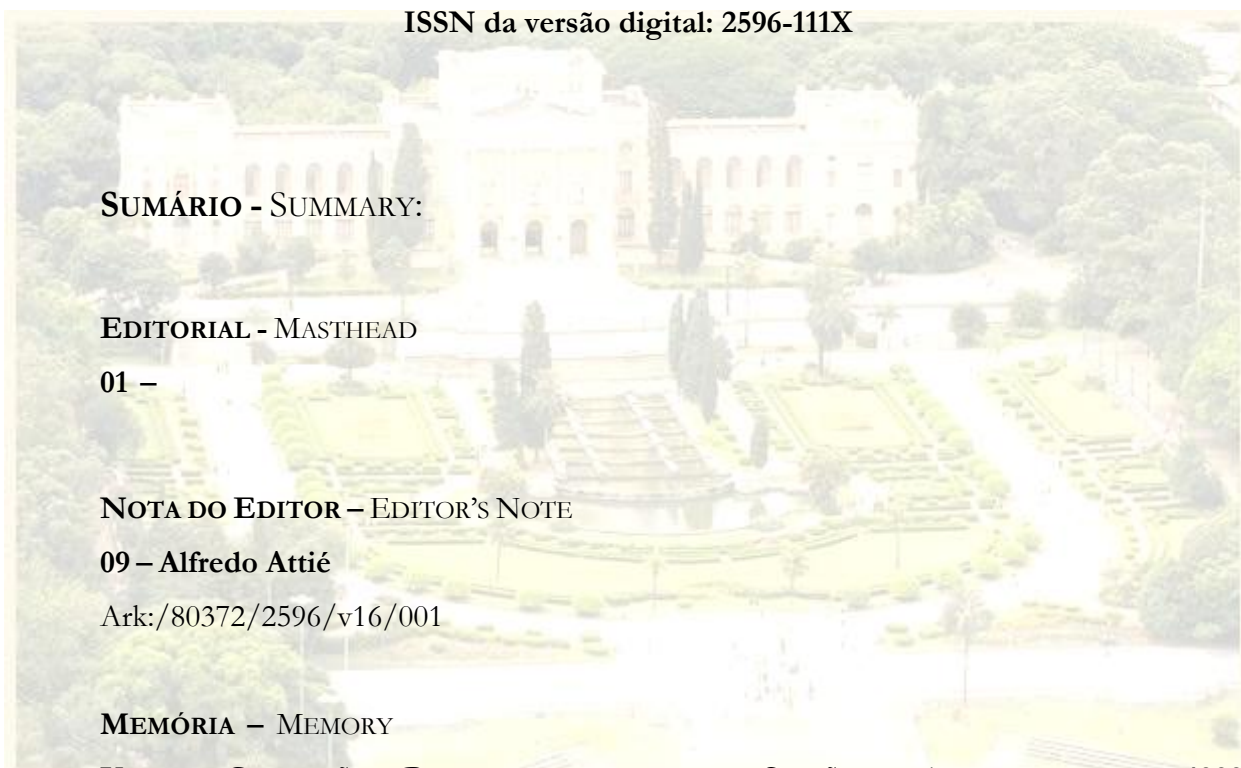
Ark:/80372/2596/v16/001

MEMÓRIA – MEMORY

**ULYSSES GUIMARÃES: DISCURSO PROFERIDO NA SESSÃO DE 5 DE OUTUBRO DE 1988,
PUBLICADO NO DANC DE 5 DE OUTUBRO DE 1988, P. 14380-14382 – ULYSSES GUIMARÃES:
SPEECH DELIVERED AT THE SESSION OF OCTOBER 5, 1988, PUBLISHED IN DANC OF OCTOBER
5, 1988, P. 14380-14382**

12 – Ulysses Guimarães

Ark:/80372/2596/v16/002





TEXTO INAUGURAL: FILOSOFIA. FILOSOFIA AFRICANA. PENSAMENTO COMPARADO. FENOMENOLOGIA.

REVISITANDO HUSSERL E A CRISE DA FILOSOFIA – REVISITING HUSSERL AND THE CRISIS OF PHILOSOPHY

21 – John Murungi. Tradução: Marcos Carvalho Lopes

Ark:/80372/2596/v16/003

TEORIA DO DIREITO. DIREITOS HUMANOS. DIREITO À FELICIDADE.

DIREITO, JUSTIÇA E FELICIDADE – LAW, JUSTICE AND HAPPINESS

40 – Rogério Donnini

Ark:/80372/2596/v16/004

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO COMPARADO. CIÊNCIA POLÍTICA.

OS SISTEMAS DE GOVERNO NA ATUALIDADE: UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA E DE CIÊNCIA POLÍTICA LUSO-BRASILEIRA – PRESENT-DAY GOVERNMENT SYSTEMS: A LUSO-BRAZILIAN CONSTITUTIONALIST AND OF POLITICAL SCIENCE PERSPECTIVE

61 – Paulo Roberto Meyer e Patrícia Pinto Alves

Ark:/80372/2596/v16/005

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE E DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE SOBRE A VISÃO DO STF ACERCA DA DELIMITAÇÃO MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIAS RELATIVAS ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO – CONCURRENT LEGISLATIVE JURISDICTION AND CONSUMER LAW: AN ANALYSIS OF THE STF'S VIEW ON MUNICIPAL DELIMITATION TO LEGISLATE ON MATTERS RELATING TO CONSUMER RELATIONS

91 – Danilo Scramin Alves; Fabiana David Carles e Karina Ellem Bezerra da Silva

Ark:/80372/2596/v16/006



DIREITO COMPARADO. DIREITO CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO.
FAKE NEWS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NA AMÉRICA LATINA: ESTUDO DE
DIREITO COMPARADO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O CONCEITO DE *FAKE NEWS* – FAKE
NEWS IN THE INFORMATION SOCIETY IN LATIN AMERICA: A STUDY OF COMPARATIVE
LAW AND ITS IMPLICATIONS FOR THE CONCEPT OF *FAKE NEWS*

114 – Daniela Bucci Okumura

Ark:/80372/2596/v16/007

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PÚBLICO. DIREITO MILITAR.
VALIDADE DAS CARTAS PATENTES DOS OFICIAIS TEMPORÁRIOS DAS FORÇAS
ARMADAS – INJURIDICIDADE DO ARTIGO 2º., PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO DECRETO N.
12.375, DE 5 DE FEVEREIRO DE 2025 – VALIDITY OF THE COMMISSIONING
CERTIFICATES OF TEMPORARY OFFICERS OF THE ARMED FORCES – LEGAL ISSUES
PERTAINING TO THE ART. 2ND, PARAGRAPH ONE OF ONE, SECTION II, OF THE DECREE N°
12.375, OF FEBRUARY, 5TH, 2025

137 – Roque Antonio Carrazza

Ark:/80372/2596/v16/008

DIREITO EMPRESARIAL. DIREITO DA CONCORRÊNCIA. COMPLIANCE E
GOVERNANÇA.
DESVIOS DE BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA E Desequilíbrios NA
LIVRE CONCORRÊNCIA – DEVIATIONS FROM GOOD CORPORATE GOVERNANCE PRACTICES
AND IMBALANCES IN FREE COMPETITION

158 – Paulo Henrique Gomiero e Marcello Antonio Fiore

Ark:/80372/2596/v16/009

DIREITO PENAL INTERNACIONAL. CORTES INTERNACIONAIS. PROCESSO
INTERNACIONAL.

APTIDÃO DO REÚ PARA JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL PENAL
INTERNACIONAL E A GARANTIA DE UM JULGAMENTO EQUITATIVO – FITNESS TO
STAND TRIAL BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE ASSURANCE OF
A FAIR TRIAL

184 – Isadora Veiga e Anna Luisa Walter de Santana

Ark:/80372/2596/v16/010



DIREITO PROCESSUAL. GARANTIA DA ORDEM JURÍDICA JUSTA. FINANCIAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL.

O *THIRD-PARTY FUNDING* COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA. UMA ANÁLISE PROCESSUAL E ECONÔMICA – THIRD-PARTY FUNDING AS AN INSTRUMENT TO ENABLE ACCESS TO A FAIR LEGAL ORDER. A PROCEDURAL AND ECONOMIC ANALYSIS

213 – Luciano Benetti Timm e Osmar Marcello Junior

Ark:/80372/2596/v16/011

DIREITO CONSTITUCIONAL. DEMOCRACIA. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO.

CARTOGRAFIAS DA CONSTITUIÇÃO: DISPUTAS SOBRE O SENTIDO, O TEMPO E O POVO – CARTOGRAPHIES OF THE CONSTITUTION: DISPUTES OVER MEANING, TIME, AND THE PEOPLE

241 – Renato Almeida de Moraes

Ark:/80372/2596/v16/012

DIREITO PENAL. CIÊNCIAS CRIMINAIS. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

SISTEMA PENAL REDUTOR: PARA A CONSTRUÇÃO DE UM SABER RACIONAL E CONTRASSELETIVO NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS – REDUCTIVE PENAL SYSTEM: TOWARDS THE CONSTRUCTION OF A RATIONAL AND COUNTER SELECTIVE KNOWLEDGE IN CRIMINAL SCIENCES

275 – Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Gabriela Faria Mendes da Costa Martins

Ark:/80372/2596/v16/013

TEORIA DO DIREITO. TEORIA POLÍTICA. TEORIA MATERIALISTA DO ESTADO.

JOACHIM HIRSCH E O FETICHISMO DA FORMA POLÍTICA – JOACHIM HIRSCH AND THE FETISHISM OF POLITICAL FORM

298 – Victor Silveira Garcia Ferreira

Ark:/80372/2596/v16/014



DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. POLÍTICAS PÚBLICAS. POLÍTICAS PÚBLICAS REFORMISTAS: ESBOÇO SOBRE A NATUREZA E FUNDAMENTO DA CATEGORIA “POLÍTICAS PÚBLICAS”, SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-POLÍTICA MATERIALISTA – REFORMIST PUBLIC POLICIES: OUTLINE ON THE NATURE AND FOUNDATION OF THE CATEGORY “PUBLIC POLICIES”, FROM A HISTORICAL-POLITICAL MATERIALIST PERSPECTIVE

314 – Rander Luiz da Silva

Ark:/80372/2596/v16/015

DIREITO CONSTITUCIONAL. FORMA DE GOVERNO. DEMOCRACIA. PRESIDENCIALISMO EM XEQUE? – IS PRESIDENTIALISM IN CHECK?

361 – Julio Benchimol Pinto

Ark:/80372/2596/v16/016

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. TEORIA POLÍTICA.

A HISTÓRIA DE UM POVO QUE CONSTRUIU SUA PRÓPRIA SENTENÇA: DISPUTA PELO SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO – THE STORY OF A PEOPLE WHO CREATED THEIR OWN SENTENCE: DISPUTE OVER THE MEANING OF THE CONSTITUTION – LA HISTORIA DE UN PUEBLO QUE CREÓ SU PROPIA SENTENCIA: DISPUTA SOBRE EL SENTIDO DE LA CONSTITUCIÓN

374 – Maria do Rosário de Oliveira Carneiro

Ark:/80372/2596/v16/017



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

QUALIS/CAPEIS: A3

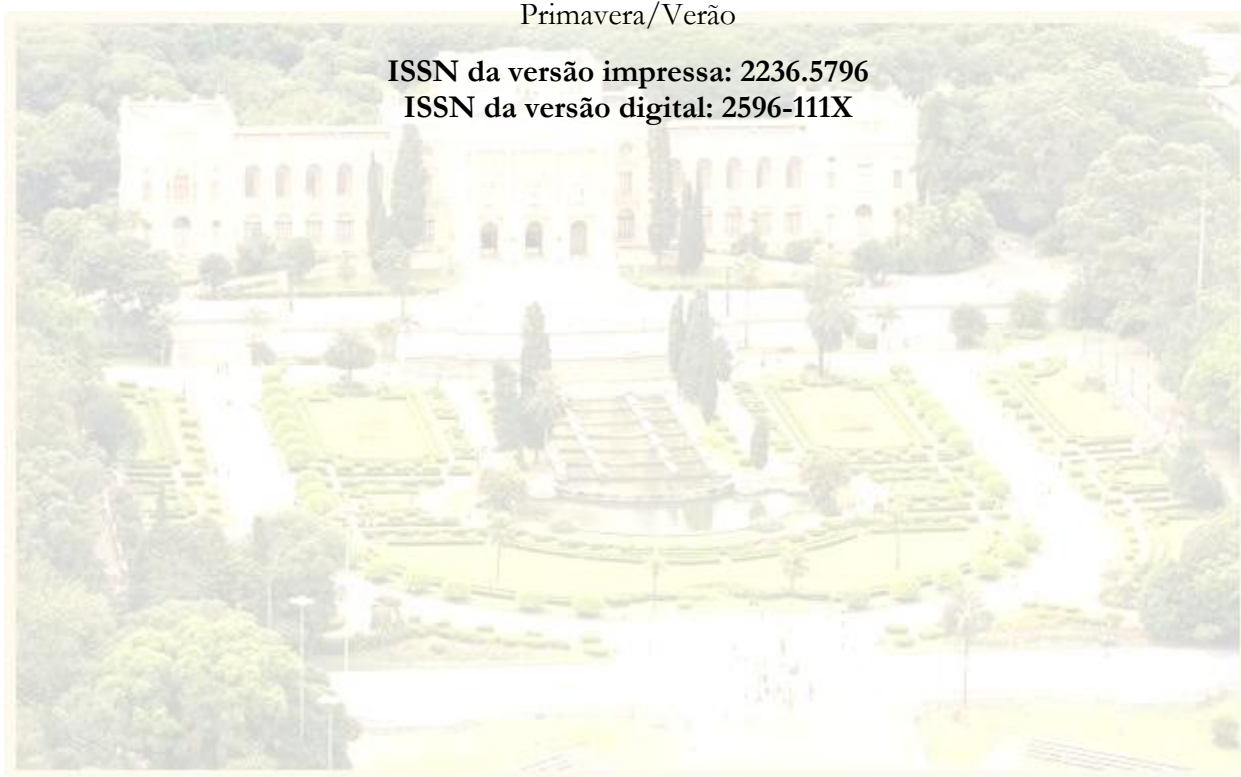
N. 16 Nova Série

2025

Primavera/Verão

ISSN da versão impressa: 2236.5796

ISSN da versão digital: 2596-111X



São Paulo

2025

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

EQUIPE EDITORIAL/MASTHEAD

EDITOR CHEFE

ALFREDO ATTÍE JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)

CO-EDITORES

ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTÍE - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

LÍVIO PERRA - PROFESSORE A CONTRATTO DI LEGISLAZIONE DEI BENI CULTURALI, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI, ITÁLIA

DIRETORIA EDITORIAL

ALFREDO ATTÍE JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)

ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - SUN

ROQUE CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)

WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)

DIRETORA EXECUTIVA

ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTÍE - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

ASSISTENTES DE EDIÇÃO

CELSO DE OLIVEIRA SANTOS – DOUTORANDO - UERJ

JULIÁN CUASPA ROPAÍN – DOUTORANDO ANTROPOLOGIA SOCIAL - USP

TRADUÇÃO/REVISÃO/COEDIÇÃO

FRANCISCO LUÍS DE FREITAS MARZAGÃO BARBUTO ATTÍE - NEW YORK UNIVERSITY/ CRAIG NEWMARK GRADUATE SCHOOL OF JOURNALISM AT CUNY – NY – EUA

GERENTE DE PRODUÇÃO EDITORIAL/DIAGRAMAÇÃO E ARTE

DIEGO DE ANDRADE SILVA



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CONSELHO EDITORIAL:

ALFREDO ATTÍE JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA - EPM/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - NETI USP

ALÍPIO DE SOUSA FILHO - INSTITUTO HUMANITAS/UFRN – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (RN)

ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA – UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS RIO GRANDE DO SUL

ANTONIO CARLOS MORATO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

CARLOS EDUARDO A. BOUCALT - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” - UNESP

CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP/ UNIVERSIDADE DE NAVARRA – ESPANHA

DANIEL FRANCISCO QUINTO – UNIVERSIDADE CATÓLICA DE ANGOLA - ANGOLA

EDUARDO PELEGRINI DE ARRUDA ALVIM - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

ENEIDA HADDAD - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” - UNESP

FLÁVIA PIOVESAN - PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO/ HARVARD LAW SCHOOL – ESTADOS UNIDOS

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

FRANCESCO SIDOTI - UNIVERSITÀ DI AQUILA - ITÁLIA

FAUZI HASSAN CHOUKR - FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP/ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - MPSP

GISELDA M. F. NOVAES HIRONAKA - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

HELENO TAVEIRA TORRES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

HUMBERTO ÁVILA – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS/UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

ILTON GARCIA DA COSTA - UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE DO PARANÁ – UENP

IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO – UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NAYARIT - MEXICO/ ASOCIACIÓN DE TRIBUNALES ELECTORALES DE LA REPUBLICA MEXICANA A.C.

JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA – RS/ PÓS-GRADUAÇÃO UNISINOS – RIO GRANDE DO SUL

JAMES CAVALLARO – YALE LAW SCHOOL/WESLEYAN UNIVERSITY – ESTADOS UNIDOS

JOÃO GRANDINO RODAS - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP / CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL - CEDES

JOSÉ JORGE RODRIGUES BRANCO - FACULDADE SANTO ANGELO - FASA/INSTITUTO NOVOS PARADIGMAS – INP – RIO GRANDE DO SUL

JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS - FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA- FDV ITAÚNA – ESPÍRITO SANTO

JOSÉ REINALDO LIMA LOPES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

JORGE LUÍS MIALHE - CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO - UNISAL

JULIO BENCHIMOL PINTO - PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – BRASÍLIA (DF)

KAZUO WATANABE - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

LEANDRO EDUARDO ASTRAIN BAÑUELOS – UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO - MEXICO

LÍVIO PERRA - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI – ITÁLIA

LISBETH XÓCHITL PADILLA SANABRIA – UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO - UNAM - MEXICO

LUCIANA CORDEIRO DE SOUZA FERNANDES - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP

LUIS EDUARDO SCHOUERI - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP



POLIFONIA

REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N.16 NOVA SÉRIE 2025 PRIMAVERA/VERÃO

LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP

MANOEL DAVID MASSENO - INSTITUTO POLITECNICO DA BEJA - PORTUGAL

MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

MARCOS ANTONIO LOPES - UNIVERSIDADE FEDERAL DE JATAÍ - GOIÁS

MARCOS AUGUSTO PERES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

MARIA CRISTINA DE CICCIO - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO - ITÁLIA

MARIA PEREZ PEREIRA - UNIVERSIDAD FRANCISCO DE VITORIA – ESPANHA

MARIA TERESA DE MENDONÇA CASADEI – UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO – MATO GROSSO DO SUL

MATILDE RIBEIRO – UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA – UNILAB - CEARÁ

MAURO JOSÉ DO NASCIMENTO CAMPELLO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA - UFR

MICHEL CANUTO DE SENA - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - UFMS

MICHAEL J. FLOYD - CUMBERLAND SCHOOL OF LAW, SAMFORD UNIVERSITY - ESTADOS UNIDOS

RAPHAEL DE CARVALHO VASCONCELOS - UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO -UFRRJ

RICARDO HASSON SAYEG - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP/ CONSELHO SUPERIOR DA CAPES DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

RICHARD ALBERT – UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN - ESTADOS UNIDOS

ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI – SUN - ITÁLIA

ROQUE ANTONIO CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

VANESSA VILELA BERBEL – INSTITUTO FEDERAL DO PARANÁ – CAMPUS PALMAS - PARANÁ

WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

WLADIMIR CERVEIRA DE ALENCAR - UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - RIO DE JANEIRO

EQUIPE CONSULTIVA/REVISORES

CONSELHO CIENTÍFICO:

ANTONIO CARLOS MARCATO

ARNOLDO WALD

CANDIDO RANGEL DINAMARCO

ESTEVÃO MALLET

GHEYSA MARIELA ESPÍNDOLA

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

KATIA MARIA ABUD

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

MAURIDES RIBEIRO

NEWTON DE LUCCA

PEDRO B. DE ABREU DALLARI

SERGIO SEIJI SHIMURA

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO

EDUARDO REALE FERRARI

FRANCISCO LUIS DE F. M. BARBUTO ATTÍE

HAMILTON DIAS DE SOUZA

JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA

JOÃO DÁCIO ROLIM

LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES

MARCO AURÉLIO TAVARES FRANCISCO

NELSON NERY JUNIOR

OTÁVIO PINTO E SILVA

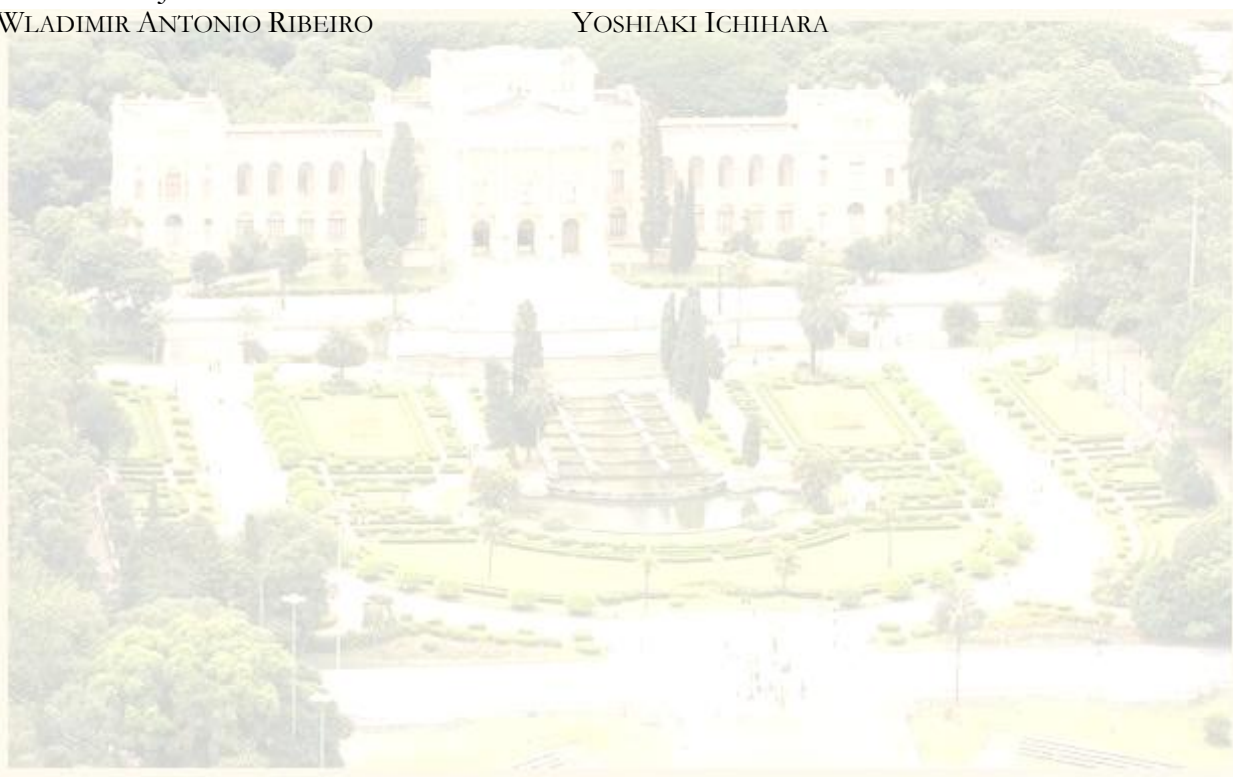
PAULO DE BARROS CARVALHO

VICENTE PLÁ Y TREVAS

CONSELHO CONSULTIVO:

ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
CARLOS ROBERTO HUSSEK
DANIEL WILLIAN GRANADO
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO
MILTON PAULO DE CARVALHO
NELSON FARIA DE OLIVEIRA
PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO
RITA GIANESINI
THEREZA CELINA D. DE ARRUDA ALVIM
VANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI
WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO

ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO
DOMINGOS SAVIO ZAINAGHI
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
MARIA CRISTINA ZUCCHI
NELSON MANNRICH
ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO
REGINALDO FERREIRA LIMA
SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA
TERESA CELINA ARRUDA ALVIM
WAGNER MENEZES
YOSHIAKI ICHIHARA



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

Todos os artigos científicos aqui publicados foram apreciados por membros do Conselho Editorial, Conselho Científico e/ou Conselho Consultivo da **Academia Paulista de Direito (APD)**, ou ainda, por Revisores especialmente convidados para a edição, com sistema de avaliação *Double Blind Peer Review*, preservando a identidade de autores e avaliadores e garantindo a impessoalidade e o rigor científico necessários para a avaliação de um artigo.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, periódico de publicação semestral, é uma revista empenhada em assegurar os mais elevados padrões de ética e boas práticas na publicação, baseando-se no Código de Conduta e Normas de Boas Práticas para Editores de Revistas do Comitê sobre Ética na Publicação – COPE (<http://publicationethics.org>).

Tem missão, como porta-voz da Academia Paulista de Direito (APD), de afirmar seu protagonismo no processo civilizacional do Direito em nosso País, em seu berço americano e no contexto da sociedade internacional.

Todos os colaboradores desta edição da **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** concordam que a publicação de seu artigo é feita em caráter exclusivo, em meio eletrônico; cedem seus direitos autorais de publicação; autorizam a indexação de seu artigo em bases de dados nacionais e internacionais, diretórios, bibliotecas digitais e bases bibliométricas em que a **Polifonia** estiver e vier a ser inserida.

Os nomes e endereços informados na **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** são usados unicamente para serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou à terceiros.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual e não cobra nenhuma taxa para nenhum leitor fazer o download de artigos e resenhas para seu próprio uso acadêmico.

É publicada sob a licença CREATIVE COMMONS na modalidade atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença (CC BY-NC-ND)  - Licença Jurídica (licença integral): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

E, **está Indexada** em **Diadorim** – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, **DOAJ** - Directory of Open Access Journals; **Google Scholar**, **Ibict CCN** – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas, **Latindex**, **Livre** – Revistas de Livre Acesso, **Portal de Periódicos Capes**, **Redib** – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, **Research Bib**- Academic Resource Index; **Scopus**; **Sumários.org**



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

QUALIS/CAPES: A3

N. 16 Nova Série

2025

Primavera/Verão

SSN da versão impressa: 2236.5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO:

ANNA LUISA WALTER DE SANTANA

DANILO SCRAMIN ALVES

GABRIELA FARIA MENDES DA COSTA MARTINS

ISADORA VEIGA

JULIO BENCHIMOL PINTO

LUCIANO BENETTI TIMM

MARCOS CARVALHO LOPES

OSMAR MARCELLO JUNIOR

PAULO HENRIQUE GOMIERO

RANDER LUIZ SILVA

ROGÉRIO DONNINI

VICTOR SILVEIRA GARCIA FERREIRA

DANIELA BUCCI OKUMURA

FABIANA DAVID CARLES

GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA

JOHN MURUNGI

KARINA ELLEM BEZERRA DA SILVA

MARCELLO ANTONIO FIORE

MARIA DO ROSÁRIO DE O. CARNEIRO

PATRÍCIA PINTO ALVES

PAULO ROBERTO MEYER PINHEIRO

RENATO ALMEIDA DE MORAES

ROQUE ANTONIO CARRAZZA

REVISORES DESTA EDIÇÃO:

ALÍPIO DE SOUSA FILHO - INSTITUTO HUMANITAS/UFRN – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (RN)

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO - AFPESP

CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP/ UNIVERSIDADE DE NAVARRA – ESPANHA

CELSO DE OLIVEIRA SANTOS – DOUTORANDO - UERJ

FAUZI HASSAN CHOUKR - FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP



POLIFONIA

REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N.16 NOVA SÉRIE 2025 PRIMAVERA/VERÃO

FRANCISCO LUÍS DE FREITAS MARZAGÃO BARBUTO ATTÍE - NEW YORK UNIVERSITY/ CRAIG NEWMARK
GRADUATE SCHOOL OF JOURNALISM AT CUNY – NY – EUA

JOSÉ JORGE RODRIGUES BRANCO - FACULDADE SANTO ANGELO - FASA/INSTITUTO NOVOS PARADIGMAS –
INP

JULIÁN CUASPA ROPAÍN – DOUTORANDO ANTROPOLOGIA SOCIAL - USP

LISBETH XÓCHITL PADILLA SANABRIA – UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO - UNAM -
MEXICO

LÍVIO PERRA - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI – ITÁLIA

LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP

LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES

MARCOS AUGUSTO PEREZ - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

MATILDE RIBEIRO – UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA –
UNILAB - CEARÁ

ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTÍE - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA,
SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO
DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÓMICO E SOCIAL (CEDES)



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

POLIFONIA – SÃO PAULO LAW ACADEMY INTERNATIONAL REVIEW

NOTA DO EDITOR – EDITOR'S NOTE

O presente número 16 de **POLIFONIA Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, Capes/Qualis A3, aprofunda e radicaliza o projeto integrado da Academia Paulista de Direito, de seus instrumentos de pesquisa, estudo, extensão e participação da sociedade, sobretudo a POLIFONIA, por meio de um conjunto de artigos que constituem contribuições de extrema importância para o pensar e o agir democráticos no mundo contemporâneo e diante das crises e dilemas que vivencia.

A relação entre Direito, Justiça e Democracia, tendo se tornado objeto de questionamento por parte de forças interessadas na desconsideração da ordem internacional da paz e dos direitos e garantias, determina um trabalho árduo não apenas de recuperação, mas, sobretudo, de reconstituição, por meio da engrenagem da imaginação jurídico-política.

Os artigos postos no presente número, após análise e aprovação cuidadosa dos colaboradores, feita de modo imparcial, por meio do *double blind peer review*, envolvem, na extensa gama de seus temas e na aprofundada análise de seus campos de atuação, precisamente o questionamento sobre os modos jurídicos de atuação na contemporaneidade, por meio de seus agentes e instrumentos tradicionais, bem como pela proposição e análise de mecanismos e atores novos.

Como exemplo fundamental, a Revista traz a importante contribuição do pensador africano John Murungi, em tradução oportuna e cuidadosa de texto que retrabalha a famosa tese husserliana da crise da ciência europeia. Faz isso mediante a presença daquilo que se pode chamar da contribuição fundamental da consciência africana, assim servindo a fundamentar uma construção que ultrapassa os limites da ideia de crítica e de crise, ao fundamentar um percurso que se apresenta como diverso e novo, muito embora a sua antiguidade e anterioridade. Entretanto, os demais artigos fazem justamente ressentir, nos moldes da configuração de uma crise, a expressão de temas e percursos renovadores.

Cumpramos, uma vez mais, a excelência das colaborações e seu esforço de originalidade e didática, na abertura para o diálogo, que se mostra fundamental para veicular a participação que, cada vez mais, determina a radicalização do projeto democrático iniciado na antiguidade e cultuado pelos povos originários, em uma perspectiva plural, inclusiva, sempre aberta.

A **Academia Paulista de Direito**, por outro lado, cada vez mais se internacionaliza, de modo plural, estabelecendo relações iguais e solidárias, de excelência científica e seriedade cultural com instituições tradicionais e novas, em todos os continentes, afirmando cada vez mais seu protagonismo na determinação de um caminho voltado à constituição da felicidade e do bem viver, essencial ao prosseguimento do que se faz como processo civilizacional do jurídico e da justiça.

Desejo a leitoras e leitores proveitosa visita aos textos que ora são publicados e convido-os a participarem da continuidade desse projeto vitorioso de escuta e aprimoramento da cultura jurídica internacional.

ALFREDO ATTÍE

**EDITOR CHEFE DA POLIFONIA – REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE
DIREITO**

**PRESIDENTE DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO
TITULAR DA CADEIRA SAN TIAGO DANTAS**

RESUMO:

A **POLIFONIA Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, chega ao seu Número 16, trazendo as contribuições de especialistas, pesquisadores(as), magistrados(as), juristas, brasileiros e estrangeiros, no aprofundamento e radicalização do projeto integrado da Academia Paulista de Direito, de seus instrumentos de pesquisa, estudo, extensão e participação da sociedade, sobretudo a POLIFONIA. O conjunto de artigos constituem contribuições de extrema importância para o pensar e o agir democráticos no mundo contemporâneo e diante das crises e dilemas que vivencia.

PALAVRAS-CHAVE: Polifonia. Academia Paulista de Direito. Pensamento Africano.

ABSTRACT:

POLIFONIA São Paulo Law Academy Journal reaches its 16th issue, featuring contributions from Brazilian and international experts, researchers, judges, and jurists, dedicated to deepening and radicalizing the integrated project of the São Paulo Law Academy, its research, study, outreach, and public participation tools, especially POLIFONIA. This set of articles constitutes extremely important contributions to democratic thinking and action in the contemporary world and in the face of the crises and dilemmas it faces.

KEYWORDS: Polifonia. São Paulo Law Academy. African Thought.

AUTOR ALFREDO ATTÍE

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7854-7696>

Ark: /80372/2596/v16/001

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

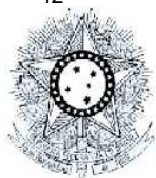
ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**Câmara dos Deputados**

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

**Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988,
publicado no *DANC* de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.**

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) – Exmo. Sr. Presidente da República, José Sarney; Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, Humberto Lucena; Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Rafael Mayer; Srs. membros da Mesa da Assembléia Nacional Constituinte; eminente Relator Bernardo Cabral; (*palmas*) preclaros Chefes do Poder Legislativo de nações amigas; insignes Embaixadores, saudados no decano D. Carlo Furno; Exmos. Srs. Ministros de Estado; Exmos. Srs. Governadores de Estado; Exmos. Srs. Presidentes de Assembléias Legislativas; dignos Líderes partidários; autoridades civis, militares e religiosas, registrando o comparecimento do Cardeal D. José Freire Falcão, Arcebispo de Brasília, e de D. Luciano Mendes de Almeida, Presidente da CNBB; prestigiosos Srs. Presidentes de confederações, Sras. e Srs. Constituintes; minhas senhoras e meus senhores:

Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia.

Dois de fevereiro de 1987: *“Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar.”* São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

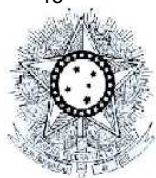
Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. (*Palmas.*)

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. (*Palmas.*)

Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto.

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora.

Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras (*palmas*) e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho. Alguns a fatalidade derrubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fábio Lucena, Antonio Farias e Norberto Schwantes. (*Palmas.*) Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho:

**Câmara dos Deputados**

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

cumpriram com o seu dever.

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. (*Palmas.*)

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma.

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. (*Palmas.*) Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. (*Muito bem! Palmas.*) Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. (*Muito bem! Palmas.*)

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (*Muito bem! Palmas prolongadas.*) Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina. (*Palmas.*)

Assinalarei algumas marcas da Constituição que passará a comandar esta grande Nação.

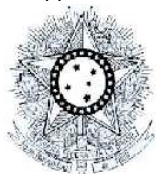
A primeira é a coragem. A coragem é a matéria-prima da civilização. Sem ela, o dever e as instituições perecem. Sem a coragem, as demais virtudes sucumbem na hora do perigo. Sem ela, não haveria a cruz, nem os evangelhos.

A Assembléia Nacional Constituinte rompeu contra o *establishment*, investiu contra a inércia, desafiou tabus. Não ouviu o refrão saudosista do velho do Restelo, no genial canto de Camões. Suportou a ira e perigosa campanha mercenária dos que se atreveram na tentativa de aviltar legisladores em guardas de suas burras abarrotadas com o ouro de seus privilégios e especulações. (*Muito bem! Palmas.*)

Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando anteprojeto forâneo ou de elaboração interna.

O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final.

A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico

**Câmara dos Deputados**

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões.

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. (*Palmas.*)

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica.

O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, consectário da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria. (*Palmas.*)

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos.

Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.

Tem substância popular e cristã o título que a consagra: “a Constituição cidadã”. (*Palmas.*)

Vivenciados e originários dos Estados e Municípios, os Constituintes haveriam de ser fiéis à Federação. Exemplarmente o foram. (*Palmas.*)

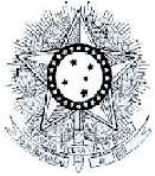
No Brasil, desde o Império, o Estado ultraja a geografia. Espantoso despautério: o Estado contra o País, quando o País é a geografia, a base física da Nação, portanto, do Estado.

É elementar: não existe Estado sem país, nem país sem geografia. Esta antinomia é fator de nosso atraso e de muitos de nossos problemas, pois somos um arquipélago social, econômico, ambiental e de costumes, não uma ilha.

A civilização e a grandeza do Brasil percorreram rotas centrífugas e não centrípetas.

Os bandeirantes não ficaram arranhando o litoral como caranguejos, na imagem pitoresca mas exata de Frei Vicente do Salvador. Cavalgaram os rios e marcharam para o oeste e para a História, na conquista de um continente.

Foi também indômita vocação federativa que inspirou o gênio do Presidente

**Câmara dos Deputados**

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

Juscelino Kubitschek, (*palmas*) que plantou Brasília longe do mar, no coração do sertão, como a capital da interiorização e da integração.

A Federação é a unidade na desigualdade, é a coesão pela autonomia das províncias. Comprimidas pelo centralismo, há o perigo de serem empurradas para a secessão.

É a irmandade entre as regiões. Para que não se rompa o elo, as mais prósperas devem colaborar com as menos desenvolvidas. Enquanto houver Norte e Nordeste fracos, não haverá na União Estado forte, pois fraco é o Brasil. (*Palmas.*)

As necessidades básicas do homem estão nos Estados e nos Municípios. Neles deve estar o dinheiro para atendê-las.

A Federação é a governabilidade. A governabilidade da Nação passa pela governabilidade dos Estados e dos Municípios. (*Palmas.*) O desgoverno, filho da penúria de recursos, acende a ira popular, que invade primeiro os paços municipais, arranca as grades dos palácios e acabará chegando à rampa do Palácio do Planalto. (*Palmas.*)

A Constituição reabilitou a Federação ao alocar recursos ponderáveis às unidades regionais e locais, bem como ao arbitrar competência tributária para lastrear-lhes a independência financeira.

Democracia é a vontade da lei, que é plural e igual para todos, e não a do príncipe, que é unipessoal e desigual para os favorecimentos e os privilégios.

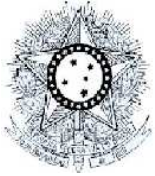
Se a democracia é o governo da lei, não só ao elaborá-la, mas também para cumpri-la, são governo o Executivo e o Legislativo.

O Legislativo brasileiro investiu-se das competências dos Parlamentos contemporâneos.

É axiomático que muitos têm maior probabilidade de acertar do que um só. O governo associativo e gregário é mais apto do que o solitário. Eis outro imperativo de governabilidade: a co-participação e a co-responsabilidade.

Cabe a indagação: instituiu-se no Brasil o tricameralismo ou fortaleceu-se o unicameralismo, com as numerosas e fundamentais atribuições cometidas ao Congresso Nacional? A resposta virá pela boca do tempo. Faço votos para que essa regência trina prove bem.

Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência, a inépcia. (*Palmas.*) Soma-se à nossa atividade ordinária, bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 ordinárias. Não

**Câmara dos Deputados**

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção.

A confiabilidade do Congresso Nacional permite que repita, pois tem pertinência, o slogan: *“Vamos votar, vamos votar”*, (*palmas*) que integra o folclore de nossa prática constituinte, reproduzido até em horas de diversão e em programas humorísticos.

Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.

O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador, habilitado a rejeitar, pelo referendo, projetos aprovados pelo Parlamento.

A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao Prefeito, do Senador ao Vereador.

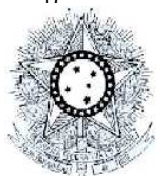
A moral é o cerne da Pátria.

A corrupção é o cupim da República. (*Palmas.*) República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública. (*Muito bem! Palmas.*)

Pela Constituição, os cidadãos são poderosos e vigilantes agentes da fiscalização, através do mandado de segurança coletivo; do direito de receber informações dos órgãos públicos, da prerrogativa de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, isento de custas judiciais; da fiscalização das contas dos Municípios por parte do contribuinte; podem peticionar, reclamar, representar ou apresentar queixas junto às comissões das Casas do Congresso Nacional; qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato são partes legítimas e poderão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, do Estado ou do Município. A gratuidade facilita a efetividade dessa fiscalização.

A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do

**Câmara dos Deputados**

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.

Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de 5 anos.

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.

Recorde-se, alvissareiramente, que o Brasil é o quinto país a implantar o instituto moderno da seguridade, com a integração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que contribuam ou não, além de beneficiar 11 milhões de aposentados, espoliados em seus proventos. (*Palmas.*)

É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente do que a que vamos promulgar.

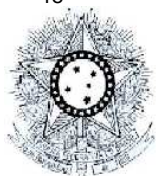
Sr. Presidente José Sarney: V.Exa. cumpriu exemplarmente o compromisso do saudoso, do grande Tancredo Neves, de V.Exa. e da Aliança Democrática ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte. A Emenda Constitucional nº 26 teve origem em mensagem do Governo, de V.Exa., vinculando V.Exa. à efemeridade que hoje a Nação celebra.

Nossa homenagem ao Presidente do Senado, Humberto Lucena, atuante na Constituinte pelo seu trabalho, seu talento e pela colaboração fraterna da Casa que representa.

Sr. Ministro Rafael Mayer, Presidente do Supremo Tribunal Federal, (*palmas*) saúdo o Poder Judiciário na pessoa austera e modelar de V.Exa.

O imperativo de “Muda Brasil”, desafio de nossa geração, não se processará sem o conseqüente “Muda Justiça”, (*palmas*) que se instrumentalizou na Carta Magna com a valiosa contribuição do poder chefiado por V.Exa. Cumprimento o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, que, em histórica sessão, instalou em 1º de fevereiro de 1987 a Assembléia Nacional Constituinte.

Registro a homogeneidade e o desempenho admirável e solidário de seus altos deveres, por parte dos dignos membros da Mesa Diretora, condôminos imprescindíveis de minha Presidência.

**Câmara dos Deputados**

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

O Relator Bernardo Cabral foi capaz, (*palmas*) flexível para o entendimento, mas irremovível nas posições de defesa dos interesses do País. O louvor da Nação aplaudirá sua vida pública.

Os Relatores Adjuntos, José Fogaça, Konder Reis e Adolfo Oliveira, (*palmas*) prestaram colaboração unanimemente enaltecida. Nossa palavra de sincero e profundo louvor ao mestre da língua portuguesa Prof. Celso Cunha, por sua colaboração para a escorreita redação do texto.

O Brasil agradece pela minha voz a honrosa presença dos prestigiosos dignitários do Poder Legislativo do continente americano, de Portugal, da Espanha, de Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Príncipe e Cabo Verde. (*Palmas.*) As nossas saudações. (*Palmas prolongadas.*)

Os Srs. Governadores de Estado e Presidentes das Assembléias Legislativas dão realce singular a esta solenidade histórica.

Os Líderes foram o vestibular da Constituinte. Suas reuniões pela manhã e pela madrugada, com autores de emendas e interessados, disciplinaram, agilizaram e qualificaram as decisões do Plenário. Os Anais guardarão seus nomes e sua benemérita faina. (*Palmas.*)

Cumprimento as autoridades civis, eclesiásticas e militares, integrados estes com seus chefes, na missão, que cumprem com decisão, de prestigiar a estabilidade democrática.

Nossas congratulações à imprensa, ao rádio e à televisão. (*Palmas.*) Viram tudo, ouviram o que quiseram, tiveram acesso desimpedido às dependências e documentos da Constituinte. Nosso reconhecimento, tanto pela divulgação como pelas críticas, que documentam a absoluta liberdade de imprensa neste País.

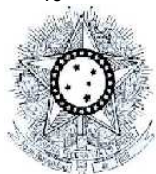
Testemunho a coadjuvação diuturna e esclarecida dos funcionários e assessores, (*muito bem! palmas*) abraçando-os nas pessoas de seus excepcionais chefes, Paulo Affonso Martins de Oliveira e Ademar Sabino. (*Muito bem! Palmas.*)

Agora conversemos pela última vez, companheiras e companheiros constituintes.

A atuação das mulheres nesta Casa foi de tal teor (*palmas prolongadas*), que, pela edificante força do exemplo, aumentará a representação feminina nas futuras eleições.

Agradeço a colaboração dos funcionários do Senado – da Gráfica e do Prodasen.

Agradeço aos Constituintes a eleição como seu Presidente e agradeço o convívio alegre, civilizado e motivador. Quanto a mim, cumpriu-se o magistério do filósofo: o

**Câmara dos Deputados**

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

segredo da felicidade é fazer do seu dever o seu prazer. (*Palmas.*)

Todos os dias, meus amigos constituintes, quando divisava, na chegada ao Congresso, a concha côncava da Câmara rogando as bênçãos do céu, e a convexa do Senado ouvindo as súplicas da terra, (*palmas*) a alegria inundava meu coração. Ver o Congresso era como ver a aurora, o mar, o canto do rio, ouvir os passarinhos.

Sentei-me ininterruptamente 9 mil horas nesta cadeira, em 320 sessões, gerando até interpretações divertidas pela não-saída para lugares biologicamente exigíveis. (*Risos. Palmas.*) Somadas as das sessões, foram 17 horas diárias de labor, também no gabinete e na residência, incluídos sábados, domingos e feriados.

Político, sou caçador de nuvens. Já fui caçado por tempestades. (*Palmas.*) Uma delas, benfazeja, me colocou no topo desta montanha de sonho e de glória. Tive mais do que pedi, cheguei mais longe do que mereço. (*Não apoiado.*) Que o bem que os Constituintes me fizeram frutifique em paz, êxito e alegria para cada um deles.

Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de retorno.

Nosso desejo é o da Nação: que este Plenário não abrigue outra Assembléia Nacional Constituinte. (*Palmas prolongadas.*) Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa.

Autoridades, Constituintes, senhoras e senhores,

A sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou antagonismo do Estado.

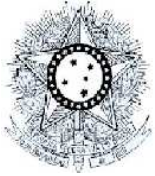
O Estado era Tordesilhas. Rebelada, a sociedade empurrou as fronteiras do Brasil, criando uma das maiores geografias do Universo.

O Estado, encarnado na metrópole, resignara-se ante a invasão holandesa no Nordeste. A sociedade restaurou nossa integridade territorial com a insurreição nativa de Tabocas e Guararapes, (*palmas*) sob a liderança de André Vidal de Negreiros, Felipe Camarão e João Fernandes Vieira, que cunhou a frase da preeminência da sociedade sobre o Estado: “*Desobedecer a El-Rei, para servir a El-Rei*”. (*Muito bem!*)

O Estado capitulou na entrega do Acre, a sociedade retomou-o com as foices, os machados e os punhos de Plácido de Castro e dos seus seringueiros. (*Palmas.*)

O Estado autoritário prendeu e exilou. A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou. (*Palmas.*)

A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram. (*Muito bem! Palmas prolongadas.*)



Câmara dos Deputados

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador.

Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.

Que a promulgação seja nosso grito:

– Mudar para vencer!

Muda, Brasil! (*Muito bem! Muito bem! Palmas prolongadas.*)

**REVISITANDO HUSSERL E A CRISE DA FILOSOFIA****REVISITING HUSSERL AND THE CRISIS OF PHILOSOPHY****John Murungi¹****Tradução: Marcos Carvalho Lopes²****RESUMO:**

Este artigo enfoca a crise da filosofia europeia. Argumenta-se que a concepção de Edmund Husserl dessa crise é filosoficamente falha. Na sabedoria convencional no mundo euro-ocidental - sabedoria que Husserl abraça, e que o Euro-Occidente globalizou, afirma-se que a filosofia se originou na Grécia e da Grécia via Europa, se espalhou por todo o mundo. Segundo o autor, não se pode determinar a gênese da filosofia sem uma verdadeira compreensão da natureza da filosofia. Uma vez que tal determinação tenha sido verdadeiramente realizada, o verdadeiro curso da história da filosofia pode ser determinado. O fracasso desse empreendimento, argumenta-se, é parte da crise que aflige a filosofia no Euro-Occidente hoje. Husserl, argumenta-se, exemplifica esse fracasso e, portanto, falha em compreender a natureza da crise que aflige a filosofia euro-ocidental. A filosofia, argumenta-se, surge de vários locais (europeus e não europeus) e sua crise em qualquer local exemplifica a crise da filosofia em todos os locais. Em outras palavras, a crise da filosofia europeia tem ramificações globais. Husserl não consegue compreender a verdade dessa afirmação.

PALAVRAS-CHAVE: Husserl. Crise da filosofia europeia. Filosofia grega. Início da filosofia. Homem Euro-Occidental. África.

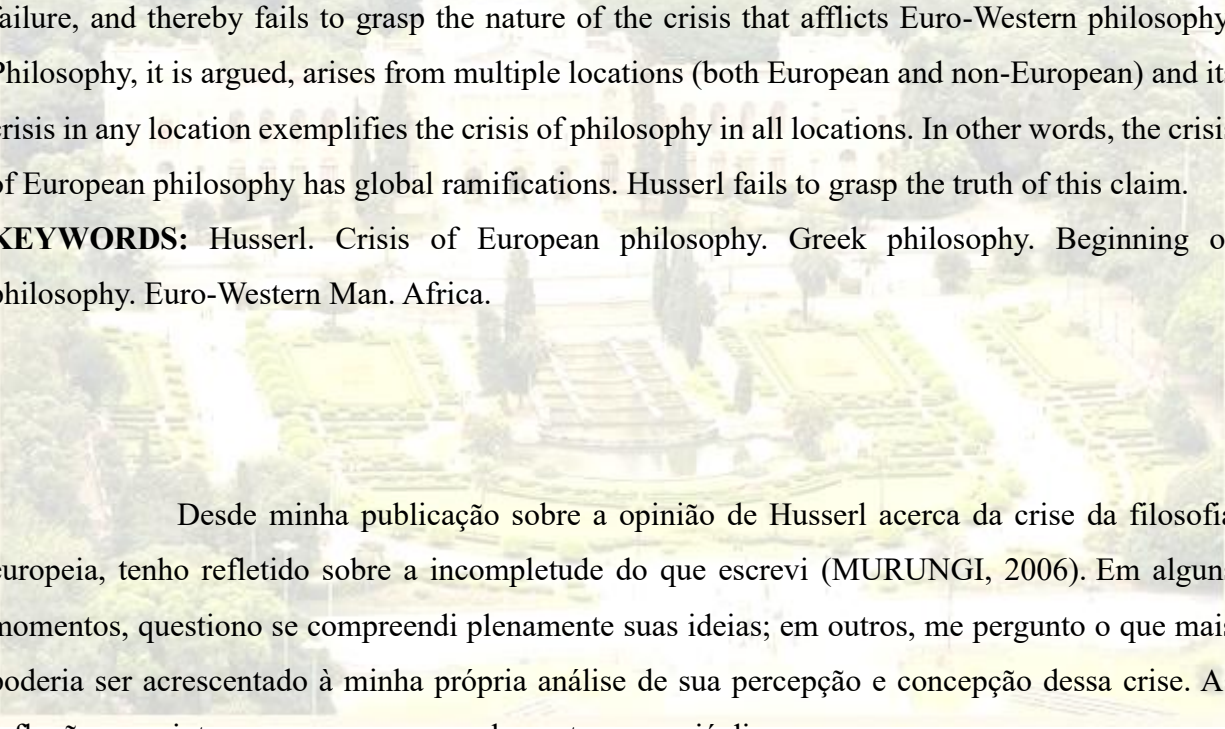
¹ John Murungi é Professor de Filosofia na Towson University (EUA), atuando nas áreas de História da Filosofia, Estética, Filosofia do Direito e Filosofia Africana. É cofundador da International Association for the Study of Environment, Space, and Place. Entre suas obras publicadas destacam-se *African Musical Aesthetics*, *African Philosophical Illuminations*, *Africanizing African Legal Ethics* e *An Introduction to African Legal Philosophy*. Também coeditou os volumes *Symbolic Landscapes*, *Rendezvous with the Sensuous* e *Elemental Sensuous*.

² Tradução de Marcos Carvalho Lopes. O texto de Murungi trabalha com uma perspectiva fenomenológica que se vale da aproximação da oralidade e por isso incorpora repetições que são um desafio para a tradução, já que estas têm uma função na construção do sentido do texto. Tentei preservar essa dimensão procurando manter a fluidez e força do texto em português. E-mail: rogeriodonnini@uol.com.br - Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8418-9215> - Ark:/80372/2596/v16/003

ABSTRACT:

This article focuses on the crisis of European philosophy. It is argued that Edmund Husserl's conception of this crisis is philosophically faulty. In conventional wisdom in the Euro-Western world -wisdom that Husserl embraces, and that the Euro-West has globalized, it is maintained that philosophy originated in Greece and from Greece via Europe, it has spread throughout the world. The genesis of philosophy, it is argued, cannot be ascertained without a true understanding of the nature of philosophy. Once such ascertainment has truthfully been undertaken, the true course of the history of philosophy can be determined. Failure of this undertaking, it is argued, is a part of the crisis that afflicts philosophy in the Euro-West today. Husserl, it is argued, exemplifies this failure, and thereby fails to grasp the nature of the crisis that afflicts Euro-Western philosophy. Philosophy, it is argued, arises from multiple locations (both European and non-European) and its crisis in any location exemplifies the crisis of philosophy in all locations. In other words, the crisis of European philosophy has global ramifications. Husserl fails to grasp the truth of this claim.

KEYWORDS: Husserl. Crisis of European philosophy. Greek philosophy. Beginning of philosophy. Euro-Western Man. Africa.



Desde minha publicação sobre a opinião de Husserl acerca da crise da filosofia europeia, tenho refletido sobre a incompletude do que escrevi (MURUNGI, 2006). Em alguns momentos, questiono se compreendi plenamente suas ideias; em outros, me pergunto o que mais poderia ser acrescentado à minha própria análise de sua percepção e concepção dessa crise. As reflexões seguintes servem como complemento ao que já disse.

Geralmente, na filosofia, há mais a dizer sobre o que já foi dito, o que é dito e sobre o que será dito sobre a filosofia. Um discurso filosófico desafia o fechamento como uma forma de ser o que é. Mesmo em seu início, ele é marcado por uma obscuridade filosófica, pois o modo como a filosofia começa permanece sujeito à investigação filosófica. Assim como o que disse sobre a opinião de Husserl acerca da crise da filosofia europeia exige mais reflexão, da mesma forma, o que digo agora requer mais reflexão. O que Husserl ou qualquer pessoa diz sobre a crise

da filosofia europeia, em qualquer lugar e a qualquer momento, é horizontal e convida aqueles de nós interessados no que é dito a contribuir para sua reflexão criativa contínua.

Na *minha* opinião, a crise da filosofia é, em sua essência, o que ela é: uma crise na natureza da filosofia. Se ela fosse completamente resolvida, seria o fim do filosofar. Embora Husserl concentre sua atenção principalmente na crise europeia da filosofia, no fundo, parece-me que ela diz respeito à filosofia como tal. Isso implica que ela também se refere à filosofia não europeia, apesar daqueles que negam a existência de tal filosofia.³ Além disso, parece-me que Husserl ignorou ou não percebeu a crise da filosofia nesse sentido fundamental (em todos os contextos da filosofia). Ele parece acreditar que o contexto europeu da filosofia era o único genuíno e que a crise da filosofia nesse contexto era a crise primária da filosofia. Supondo que essa era sua crença, é uma crença falsa ou enganosa, pois a Europa não é o único lugar genuíno da filosofia ou o único lugar de sua crise essencial. O lugar essencial da filosofia determina onde está localizada a crise essencial da filosofia. Um lugar da filosofia identificado filosoficamente de forma errada conduz a uma identificação errada da crise fundamental da filosofia.

Para compreender a crise da filosofia que Husserl tem em mente, deve-se prestar atenção ao lugar essencial dessa crise. Não se deve limitar ao seu cenário europeu. Ele está correto ao apontar que a crise da filosofia europeia se manifesta na existência europeia, mais especificamente, na existência do Homem europeu. No entanto, deve-se notar também que a crise vai além do que se manifesta na existência europeia ou no Homem europeu. Aparentemente, a crise que preocupa Husserl não é a crise da filosofia africana, da filosofia asiática ou da filosofia no mundo não europeu. Em sua opinião, fora da Europa e da Grécia, não há filosofia onde a crise da filosofia possa verdadeiramente ocorrer. A seus olhos, a crise da filosofia só pode ocorrer onde a filosofia está: na Europa. Essa crença não é filosoficamente meritória. Ela pressupõe uma compreensão questionável da natureza da filosofia e, conseqüentemente, uma compreensão questionável de sua crise essencial.

Embora Husserl reconheça a existência da filosofia na Grécia, parece que, em seu pensamento, a filosofia grega não é acometida por uma crise essencial. Não lhe ocorreu que a

³ No século XX, por exemplo, havia preocupações sobre a existência da Filosofia Africana e a existência da Filosofia Latino-Americana. Veja HOUNTONDJI, Paulin J. **African philosophy: Myth and reality**. Indiana University Press, 1996. e Gracia J.E., Jorge. **Latin American Philosophy for the Twentieth Century**. Amherst, NY: Prometheus Books, 1986.

filosofia grega pudesse ser um lugar da crise da filosofia — uma crise que poderia ser encontrada em lugares não gregos da filosofia, ou seja, onde quer que a filosofia se manifeste. Além disso, se a crise da filosofia fosse a crise do Homem, então seria uma crise do Homem onde quer que ele se manifeste, e seria encontrada em todos os lugares onde o Homem aparece, e não apenas na Europa, a menos, é claro, que se negue que, fora da Grécia ou da Europa, em nenhum outro lugar o Homem tenha aparecido. Evidentemente, Husserl parece estar certo de que tinha uma compreensão verdadeira e completa não apenas da natureza da filosofia, mas também uma compreensão verdadeira e completa do Homem e de seu lugar original de aparição verdadeira. Sem essas compreensões, ele não identificaria filosoficamente o verdadeiro lugar essencial da crise da filosofia e, assim, a verdadeira crise essencial do Homem. O equívoco que Husserl incorpora o desqualifica como um verdadeiro filósofo e falsifica sua compreensão do Homem e da crise que o acomete.

Do ponto de vista socrático sobre a filosofia, uma perspectiva com a qual concordo, um filósofo é alguém que não apenas reconhece que não é sábio, mas também alguém que busca tornar-se sábio⁴ Além disso, como Sócrates pode ser considerado emblemático do que é a filosofia grega em seu sentido essencial, é questionável se Husserl realmente compreendeu a natureza da filosofia grega. Isso é apontado com certa ironia, pois pode não haver uma base filosófica para acreditar que havia uma visão comumente aceita sobre a natureza da filosofia entre os gregos do tempo de Sócrates. Mesmo no caso de Sócrates, é filosoficamente discutível se ele tinha um senso consistente ou internamente unificado do que é a filosofia. Talvez esteja na natureza da filosofia desafiar tal caracterização.

De fato, é verdade que a crise da filosofia se manifesta localmente. Mas, ao confinar exclusivamente o lugar da filosofia à Grécia ou à Europa, parece-me que Husserl falha em alcançar um conhecimento ou compreensão abrangente do verdadeiro lugar da filosofia, o que o leva a um equívoco fundamental sobre a crise interna à filosofia como tal. O significado da palavra “verdadeiro” na expressão “verdadeiro como tal” não deve dar a falsa impressão de que existe um lugar não localizado da filosofia. Para mim, a filosofia é multilocalizada e se encontra no lugar de toda a comunidade humana — o lugar dos lugares da comunidade humana. Em outras palavras, ela está incorporada e emerge onde quer que essa comunidade esteja localizada. A falha em

⁴Por exemplo, considere o diálogo de Platão **Banquete**, especialmente a troca entre Agatão e Sócrates.

reconhecer esse fato impede Husserl de reconhecer a crise fundamental que aflige a filosofia europeia. Em outras palavras, a incapacidade de compreender a crise da filosofia em seus múltiplos lugares unificados o impede de captar fundamentalmente a crise da filosofia europeia.

Apesar da heterogeneidade dos lugares onde a filosofia se manifesta, ela permanece problematicamente unificada em sua essência. Husserl, de fato, reconhece a universalidade da filosofia. O que é questionável, e talvez equivocado, é sua compreensão dessa universalidade. Ele privilegia o lugar europeu da filosofia e busca universalizar esse privilégio em detrimento de outros lugares onde a filosofia se manifesta. A possibilidade de que a filosofia possa surgir de forma autóctone em locais não europeus não aparece no horizonte de sua concepção do panorama filosófico. Ignorar essa possibilidade ou sua realidade o leva a subestimar a extensão e a profundidade da crise da filosofia na Europa. Compreendida em sua essência, uma crise em um lugar da filosofia chama a atenção para a crise em outros lugares da filosofia. Husserl não consegue captar o sentido unificado correto dos lugares da filosofia e, portanto, falha em compreender plenamente a crise da filosofia europeia, como demonstrada na existência europeia e no Homem europeu.

Conforme compreendo o sentido de filosofia em Husserl, a filosofia envolve tarefas infinitas. Uma dessas tarefas, talvez a principal, é a definição da filosofia — uma definição que, em última instância, implica viver uma vida filosófica, não exclusivamente teórica, mas a vida tal como é realmente vivida. É um empreendimento infinito, e negar essa característica é compreender radicalmente mal sua natureza. Se tiver uma teleologia interna, o infinito é essencial para essa teleologia. Ou seja, seu fim é infinito. Se o senso de filosofia de Husserl for aceito, uma tarefa essencial entre outras tarefas essenciais da filosofia é iluminar sua natureza e sua história. Husserl, e nenhum filósofo em qualquer lugar, tem a palavra final na busca dessa iluminação, se a iluminação for verdadeiramente iluminada.

Em seu trabalho filosófico, Maurice Merleau-Ponty (1969, p.35), corretamente, nos lembra que, para Husserl, um filósofo é um eterno aprendiz.⁵ Na filosofia, nunca se sai de onde

⁵ Murungi se refere ao texto *O que é fenomenologia?* em que Merleau-Ponty explica o significado do exercício de suspensão de juízo e a sua relação com o próprio filosofar. Na página a que Murungi se refere Merleau-Ponty explica: “O filósofo (...) é um eterno principiante — o que significa que ele não toma como garantido nada do que os homens, eruditos ou não, acreditam saber. Significa também que a própria filosofia não deve se tomar como garantida, mesmo que tenha conseguido dizer algo verdadeiro; que ela é uma experiência sempre renovada de fazer seu próprio começo; que consiste inteiramente na descrição desse começo; e, finalmente, que a reflexão radical equivale a uma consciência

se começa. Daí a natureza enigmática do início filosófico e o enigma da história da filosofia. Chamo a atenção para o que é único em um começo filosófico, pois nem todo começo é um começo filosófico. Por exemplo, um início filosófico não deve ser confundido com ou tomado como um início relacionado à ciência.

Coerente com o chamado da filosofia, meu artigo anterior não concluiu de forma absoluta o que pode ser dito sobre o que Husserl afirma acerca da crise da filosofia europeia. A filosofia, parece-me, é o que é por estar inerentemente em um estado contínuo de crise. É uma crise sem resolução final. Pode parecer irracional perseguir um processo infinito cujo fim é inviável. Essa irracionalidade, no entanto, pode ser enganosa, pois pode-se ter negligenciado a natureza enigmática do processo filosófico. Na filosofia, o que parece irracional pode ser razoável. Esquecer essa diferença pode ser parte do que constitui a crise da filosofia. Minha opinião sobre a opinião de Husserl acerca da crise da filosofia europeia é que ele falha em captar a natureza enigmática da filosofia. Ele precisa revisitar e reiniciar seu pensamento sobre o início da filosofia, seu lugar de nascimento e sua história. Ele precisa repensar de forma renovada sua concepção da existência europeia e seu pensamento sobre o Homem europeu, na medida em que ambos estão ligados ou são determinados pela filosofia. Ao contrário do que Husserl parece afirmar, a existência europeia não esgota a existência humana, e o Homem Europeu não é todos os Homens. A concepção europeia da existência humana não é paradigmática da concepção da existência humana. A falha em reconhecer esse fato é sintomática da crise da filosofia europeia, pelo menos, conforme projetada no pensamento husserliano.

Um dos pontos que apresentei no artigo anterior sobre Husserl e a crise da filosofia foi que Husserl estava errado ao afirmar que a Grécia é o berço da filosofia e, portanto, errado ao identificar o início da história da filosofia. O professor Christos Evangelizou levantou a importância de repensar a concepção europeia convencional da gênese da filosofia que lança luz sobre a posição assumida por Husserl.⁶ O erro que Husserl comete não é acidental ou marginal à essência da filosofia ou à sua história. Tem relação direta e essencialmente com a natureza da filosofia. A

de sua própria dependência de uma vida não-reflexiva, que é sua situação inicial, imutável, dada de uma vez por todas.”. [nota do tradutor].

⁶ Veja o livro de Christos Evangelizou, Evangelizou, The Genesis of Philosophy. : **When Greece Met Africa** Sioux City, Iowa, Parnassos Press, 2015

verdade sobre a natureza da filosofia ilumina seu lugar de nascimento, a verdade sobre seu início histórico e a verdade de seu caminho histórico.

É necessário ter uma compreensão verdadeira da natureza da filosofia para mapear seu lugar de nascimento e seu caminho histórico. Somente se Husserl for verdadeiro quanto à natureza da filosofia, ele poderá localizar verdadeiramente seu lugar de nascimento e seu caminho histórico. Além disso, somente se ele possuir essa verdade, ele poderá apresentar verdadeiramente a crise da filosofia europeia. A questão filosófica é se ele verdadeiramente possui essa verdade. A resposta a essa questão emerge verdadeiramente de alguém que possui essa verdade ou que é possuído por ela. Sem tal posse, não se pode dizer se Husserl está certo ou errado. Não se pode desafiar adequadamente a afirmação de Husserl sobre a crise da filosofia europeia sem desafiar a compreensão da verdade sobre a natureza da filosofia. Em parte, se eu possuo essa verdade ou se qualquer outra pessoa a possui, é uma questão para todos aqueles que são guiados pela verdade sobre a natureza da filosofia. Distinguir quem faz parte desse “todos” daqueles que não fazem é uma questão filosófica que parece ser interna à filosofia.

Supondo que Husserl compreenda mal a verdade sobre a crise da filosofia europeia, uma compreensão adequada desse equívoco exige que se reconheça que ele é mais do que um mal-entendido pessoal. É um equívoco profundamente enraizado e amplamente disseminado no pensamento europeu sobre o lugar de nascimento da filosofia e sobre sua história. É um erro incorporado na concepção e compreensão institucionalizada europeia do lugar de nascimento da filosofia e na maneira como os europeus entendem e concebem a natureza e a história da filosofia. Vale enfatizar que o lugar de nascimento da filosofia e sua história não podem ser determinados a menos que a natureza da filosofia seja verdadeiramente determinada. A falha em fazer isso é sintomática da crise da filosofia, conforme entendida por Husserl e por aqueles que compartilham sua posição.

Parece-me que Husserl está correto ao vincular a crise da filosofia europeia à crise da existência europeia e, inevitavelmente, à crise do Homem europeu. Um mal-entendido dessa crise baseia-se em e conduz a um mal-entendido da existência da Europa (a pátria europeia) e, conseqüentemente, a um mal-entendido do Homem europeu. Para Husserl, o Homem europeu é mais do que um Homem determinado pela ciência biofísica, assim como o território geográfico empírico desse Homem não pode determinar o que a Europa verdadeiramente é.

De acordo com Husserl, o homem europeu deriva sua existência e sua identidade do Espírito (*Geist*). Ele diz:

Por mais que as nações europeias possam estar inimizadas, elas têm, porém, um especial parentesco interno, no plano do espírito, que a todas atravessa e que sobreleva as diferenças nacionais. E qualquer coisa como uma irmandade, que nos dá, nestes círculos, a consciência de um solo pátrio. (HUSSERL, 2008, p.18)⁷

Além disso, ele afirma:

... [referimo-nos] não a Europa compreendida geográfica ou cartograficamente, como se, com isso, fosse delimitado, enquanto humanidade europeia, o círculo dos homens que aqui vivem territorialmente em conjunto. No sentido espiritual, é manifesto que os domínios ingleses, os Estados Unidos, etc., pertencem à Europa, não, porém, os esquimós ou os indianos das exposições nas feiras anuais, ou ainda os ciganos, que perpetuamente circunvagavam pela Europa. Sob o título de Europa, trata-se aqui, manifestamente, da unidade de uma vida, de um agir, de um criar espirituais: com todas as finalidades, interesses, cuidados e esforços, com as formações finalisticamente produzidas, as instituições, as organizações. (HUSSERL, 2008, p.16-17)

Para Husserl, a Europa, a terra habitada pelos europeus e na qual eles adquirem sua identidade, em última análise, não é uma massa de terra física separada de outras massas de terra físicas. Não é um território geofísico. É um território espiritual. Husserl diz:

⁷ No original em inglês, Murungi se vale da tradução de David Car publicada pela Northwestern University Press em 1970. Na tradução, optei por utilizar a versão portuguesa de Pedro M. S. Alves

A Europa espiritual tem um lugar de nascimento. Não quero dizer com isto um lugar de nascimento geográfico num território, se bem que também isso suceda, mas antes um lugar de nascimento espiritual numa nação, ou seja, nos homens individuais e grupos humanos dessa nação. Essa nação é a Grécia Antiga dos séculos VII e VI a.C (HUSSERL, 2008, p.19-20)

A espiritualidade da Europa e, portanto, do Homem europeu deriva da espiritualidade dos gregos antigos. Se esse é o caso, não se deve levantar a questão de por que a Europa não pode ser um lugar de nascimento autóctone da filosofia? Deve a Europa enxertar-se à Grécia para ser filosófica e, assim, ter sua identidade espiritual? Podem os enxertados na filosofia ser autenticamente filosóficos? Pode alguém que é parasiticamente filosófico ser verdadeiramente autenticamente filosófico? Esse parasitismo não deveria ser sintomático da crise da filosofia europeia, sintomático da crise da existência europeia e, portanto, da crise do Homem europeu? Havia um vazio espiritual na Europa antes que ela adotasse a espiritualidade grega? Havia uma filosofia europeia autóctone na Europa antes que ela adotasse a filosofia grega? Havia uma Europa no tempo da Grécia antiga? Se, como afirmado na filosofia europeia, a Europa deve sua identidade filosófica e espiritual aos gregos, evidentemente, não havia uma filosofia europeia autônoma ou uma espiritualidade europeia autônoma antes do surgimento da espiritualidade grega. Se isso for verdade, a Europa estaria melhor se unindo àqueles não europeus que levantaram a questão sobre a existência de sua filosofia autóctone — a questão que africanos, asiáticos e latino-americanos levantaram sobre sua filosofia autônoma autóctone. Alfred North Whitehead parece estar correto quando afirma que “a caracterização mais segura da tradição filosófica europeia é que ela consiste em uma série de notas de rodapé a Platão” (WHITEHEAD, 1979, p.39). Os anotadores europeus da filosofia não devem ser confundidos com ou tomados como filósofos europeus originais. Se há filósofos europeus genuínos, eles devem surgir do solo europeu e não do solo grego. A falha em reconhecer isso é sintomática da crise da filosofia europeia. É uma falha que se aplica a Husserl, a Heidegger e à maior parte dos outros filósofos europeus.

Se, em sua essência, o Homem europeu é um Homem espiritual, então é enganoso pensar sobre a crise da existência europeia ou sobre o Homem europeu em um sentido geobiofísico. Se alguém for tentado a buscar a essência desse Homem nas humanidades ou nas ciências sociais, a tentação deve ser evitada, uma vez que Husserl rejeita o dualismo metafísico cartesiano — o dualismo que separa as humanidades das ciências sociais e naturais empiricamente orientadas. Husserl afirma que,

...foi completamente esquecido que a Ciência da Natureza (tal como toda e qualquer ciência em geral) é um título para realizações espirituais, a saber, as dos cientistas naturais colaboradores; enquanto tal, elas pertencem, tal como todos os eventos espirituais, ao âmbito daquilo que deve ser explicado pelas Ciências do Espírito. Não será, então, um contra-senso e um círculo querer explicar o acontecimento histórico “Ciência da Natureza” científico-naturalmente, explicá-lo por importação para a Ciência da Natureza e suas leis naturais, que, enquanto realização espiritual, pertencem elas próprias ao problema a resolver? (HUSSERL, 2008, p.15-16)

As humanidades, as ciências sociais e as ciências naturais são todas obras do Espírito, e a falha em reconhecer essa verdade é sintomática da crise que enfrenta a existência europeia e que enfrenta o Homem europeu. Segundo Husserl, somente a filosofia como uma ciência rigorosa (como fenomenologia transcendental) pode compreender adequadamente e oferecer um diagnóstico dessa crise, além de propor um remédio possível e eficaz.

De acordo com Husserl, o dualismo cartesiano falha quando tentamos compreender a crise que enfrenta o Homem europeu ou, de fato, a crise do Homem como tal. Descartes foi incapaz de fornecer à filosofia europeia uma ancoragem verdadeira. Independentemente de quão radical tenha sido em seu pensamento, ele não conseguiu estabelecer tal ancoragem. Em sua essência, o homem é mais do que uma coisa pensante separada da coisa extensa. Ele é mais do que um ser mental. Um ser mental não é idêntico a um ser espiritual. Para Husserl, o Homem europeu é essencialmente um Homem espiritual — o Homem do qual o Homem europeu moderno se alienou. Hoje, essa alienação é sintomática da crise que aflige esse Homem. É uma crise carregada

pela filosofia europeia. A separação do mental do físico é sintomática da crise da filosofia europeia, nem que seja porque a ciência física é uma ciência espiritual. Parece que, para Husserl, os homens não europeus não compartilham o Espírito que determina a identidade do Homem europeu. Essa aparência pode atestar a existência do sintoma da crise que aflige o Homem europeu.

Em seu trabalho filosófico, como evidenciado na Conferência de Viena, Husserl se apresenta como um diagnosticador da existência europeia e da crise do Homem europeu. Ele nos informa que as nações europeias estão doentes e que a Europa está doente e em estado de crise. A questão para nós é: o diagnóstico de Husserl nos conduz à verdadeira natureza essencial da crise que aflige a existência europeia/o Homem europeu? Husserl nos lembra que, para uma resposta, não devemos recorrer à ciência natural ou biofísica, pois esse recurso oculta a verdade sobre essa crise e impede sua resolução adequada. Em outras palavras, não devemos recorrer à ciência biofísica porque, em sua essência, a questão não surge de um mundo biofísico. Compreendida adequadamente, a questão surge do mundo espiritual no qual o europeu existe primariamente e exige uma resposta enraizada nesse mundo.

Husserl — o diagnosticador do Homem europeu — precisa passar por um diagnóstico. Sou lembrado da afirmação de Sigmund Freud de que um psicanalista deve ser psicanalisado antes de empreender a prática da psicanálise. Se o psicanalista não passar por psicanálise, ele ou ela provavelmente falhará em compreender o que leva seu paciente a chamar sua atenção. Essa falha provavelmente levará a um diagnóstico errôneo e a uma prescrição errônea. Da mesma forma, se Husserl não passar por um diagnóstico filosófico, ele provavelmente falhará em detectar o que aflige o Homem europeu. Se, como ele afirma, as nações europeias e a Europa estão em estado de crise, como europeu e cidadão de uma nação europeia, ele é afetado por essa crise. Consequentemente, a menos que seja curado dessa aflição, ele provavelmente a espalhará. Em outras palavras, poderia ele ser um europeu doente que não se compreende como tal?

O mundo espiritual que Husserl tem em mente — o *Lebensumwelt* — é um mundo que deveria ser animado, mas atualmente não é animado, pela razão — a razão como primordialmente entendida pelos gregos antigos. Husserl e outros filósofos e historiadores da filosofia europeus proeminentes compartilham o que percebem como a concepção grega da vida da razão — uma vida que a filosofia expressa. Martin Heidegger afirma que,

A palavra philosophía diz-nos que a filosofia é algo que pela primeira vez e antes de tudo vinca a existência do mundo grego. Não só isto – a philosophía determina também a linha mestra de nossa história ocidental-européia. (HEIDEGGER, 1973: p.212).

Ele ainda afirma que,

A frase: a filosofia é grega em sua essência, não diz outra coisa que: o Ocidente e a Europa, e somente eles, são, na marcha mais íntima de sua história, originariamente “filosóficos” (HEIDEGGER, 1973: p. 212).

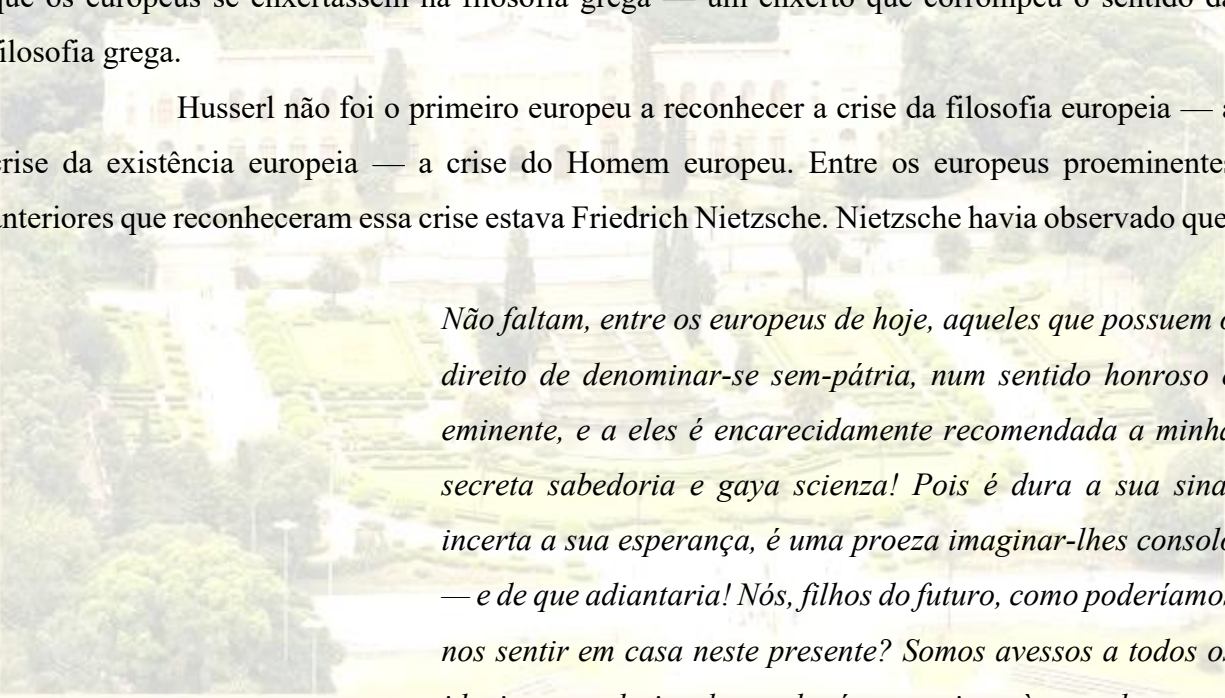
Como primordialmente entendido pelos gregos, a razão, ou a vida guiada por ela, não é a razão como entendida pelos europeus. Não se deve esquecer o fato inegável de que os gregos antigos não eram nem europeus nem ocidentais. Eles eram o que eram: gregos antigos. A concepção grega antiga da razão e de sua vida era uma concepção grega antiga. Ela não deve ser confundida com ou tomada como a concepção europeia da razão e de sua vida.

Apesar do secularismo declarado do Homem europeu moderno, o que se encontra na concepção europeia da razão e de sua vida é mediado pelo cristianismo. Na Grécia antiga, a concepção grega da razão era um fruto da cultura grega pré-cristã antiga. De forma mais geral, a razão deriva seu sentido de ou é um fruto da cultura na qual está inserida. A razão, como entendida na Europa, não é uma exceção. Como concebida na Europa, a razão é um fruto e uma expressão da cultura europeia. É uma concepção da razão que é batizada ou mediada pelo cristianismo. Consequentemente, Heidegger está errado ao acreditar que, como uma encarnação da razão, “a filosofia determina o traço fundamental mais íntimo de nossa história ocidental-europeia” e ao acreditar que o Ocidente e a Europa, e somente eles, são, em seu curso mais íntimo de sua história, originalmente filosóficos. No máximo, o que Heidegger deveria dizer é que a cultura europeia, da qual emerge a filosofia europeia, é parasitária à cultura grega — uma cultura que hoje, na Europa, é mediada pelo cristianismo. À luz do que ele e Husserl dizem, não há uma cultura europeia

autônoma da qual uma filosofia europeia autônoma poderia emergir. Na medida em que os europeus são filósofos, eles o são parasiticamente. Eles são parasitas dos filósofos gregos.

Hoje, vale repetir que o traço fundamental mais íntimo da existência europeia é ininteligível se o cristianismo não for considerado. Além disso, o que Heidegger tem em mente é a concepção europeia da filosofia e não a concepção grega antiga da filosofia. Há uma diferença radical entre as duas concepções da filosofia. Parece-me que tanto Heidegger quanto Husserl falham radicalmente em reconhecer essa diferença. Essa falha está incorporada na concepção de Husserl da crise da filosofia europeia — a crise do Homem europeu. Filósofos e historiadores europeus silenciam sobre o status da filosofia europeia autóctone, se é que havia tal filosofia antes que os europeus se enxertassem na filosofia grega — um enxerto que corrompeu o sentido da filosofia grega.

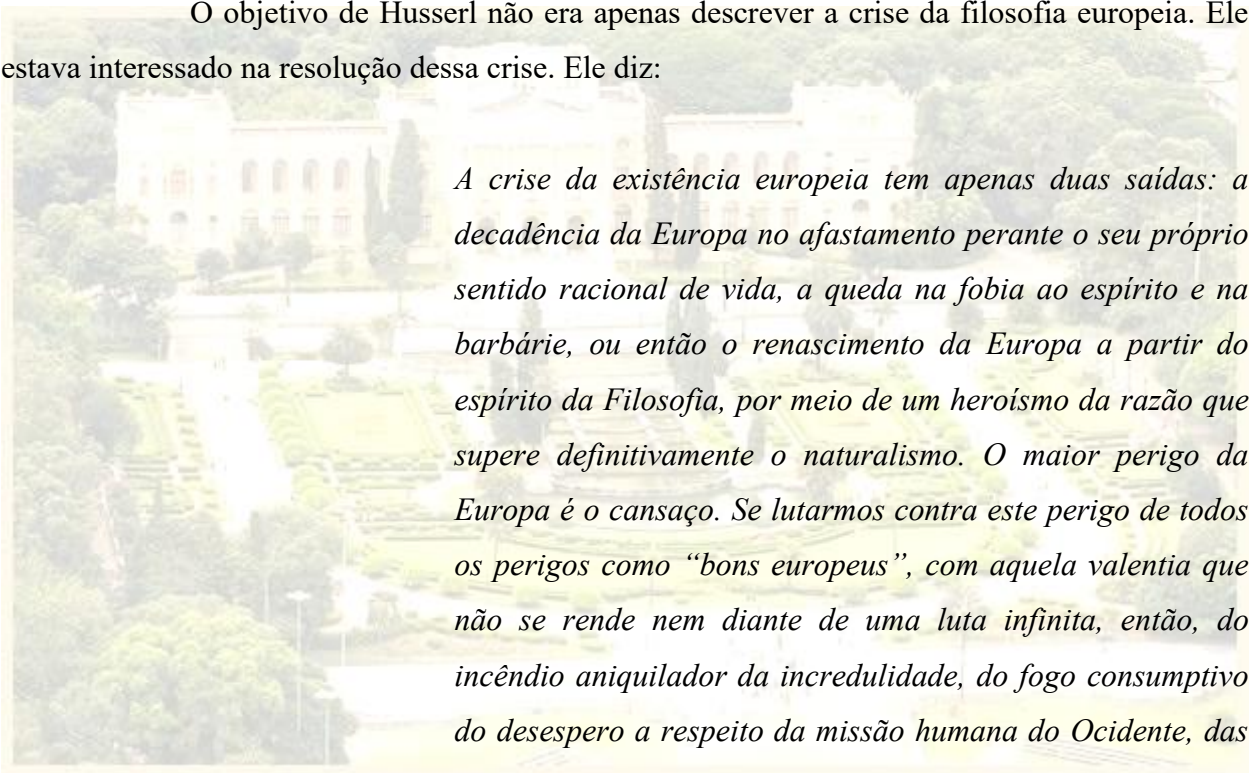
Husserl não foi o primeiro europeu a reconhecer a crise da filosofia europeia — a crise da existência europeia — a crise do Homem europeu. Entre os europeus proeminentes anteriores que reconheceram essa crise estava Friedrich Nietzsche. Nietzsche havia observado que,



Não faltam, entre os europeus de hoje, aqueles que possuem o direito de denominar-se sem-pátria, num sentido honroso e eminente, e a eles é encarecidamente recomendada a minha secreta sabedoria e gaya scienza! Pois é dura a sua sina, incerta a sua esperança, é uma proeza imaginar-lhes consolo — e de que adiantaria! Nós, filhos do futuro, como poderíamos nos sentir em casa neste presente? Somos avessos a todos os ideais que poderiam levar alguém a sentir-se à vontade mesmo neste frágil e fraco tempo de transição; no que toca a suas “realidades”, porém, não acreditamos que tenham duração. O gelo que ainda suporta as pessoas tornou-se muito fino: o vento do degelo sopra, nós mesmos, os sem-pátria, somos algo que rompe o gelo e outras “realidades” demasiado finas... (NIETZSCHE, 2001, p. 280)

Nietzsche reconheceu que o cristianismo foi o principal responsável pela crise que aflige o Homem europeu. Consequentemente, ele convocou a Morte de Deus. Esse chamado, segundo ele, não foi atendido. Nietzsche também foi um diagnosticador da crise da filosofia europeia e, talvez, tenha sido um diagnosticador filosófico mais perspicaz dessa crise do que Husserl. Sua perspicácia, no entanto, não foi explicitamente estendida aos não europeus, que poderiam estar em melhor posição para apreciá-la plenamente. Tendo sido despojados de sua humanidade pelos europeus, os não europeus podem estar em melhor posição para alertar os europeus sobre quão profundamente estão alienados do que deveriam ser.

O objetivo de Husserl não era apenas descrever a crise da filosofia europeia. Ele estava interessado na resolução dessa crise. Ele diz:



A crise da existência europeia tem apenas duas saídas: a decadência da Europa no afastamento perante o seu próprio sentido racional de vida, a queda na fobia ao espírito e na barbárie, ou então o renascimento da Europa a partir do espírito da Filosofia, por meio de um heroísmo da razão que supere definitivamente o naturalismo. O maior perigo da Europa é o cansaço. Se lutarmos contra este perigo de todos os perigos como “bons europeus”, com aquela valentia que não se rende nem diante de uma luta infinita, então, do incêndio aniquilador da incredulidade, do fogo consumptivo do desespero a respeito da missão humana do Ocidente, das cinzas do cansaço enorme, ressuscitará a Fénix de uma nova interioridade de vida e de uma nova espiritualidade, como penhor de um grande e longínquo futuro para o Homem— porque só o espírito é imortal (HUSSERL, 2008, p.51).

A resolução da crise da existência europeia não pode ter sucesso a menos que um diagnóstico preciso dessa crise seja realizado. Parece-me que, nesse aspecto, o diagnóstico de Husserl não cumpre esse pré-requisito. Talvez a razão pela qual ele falha seja porque ele mesmo é

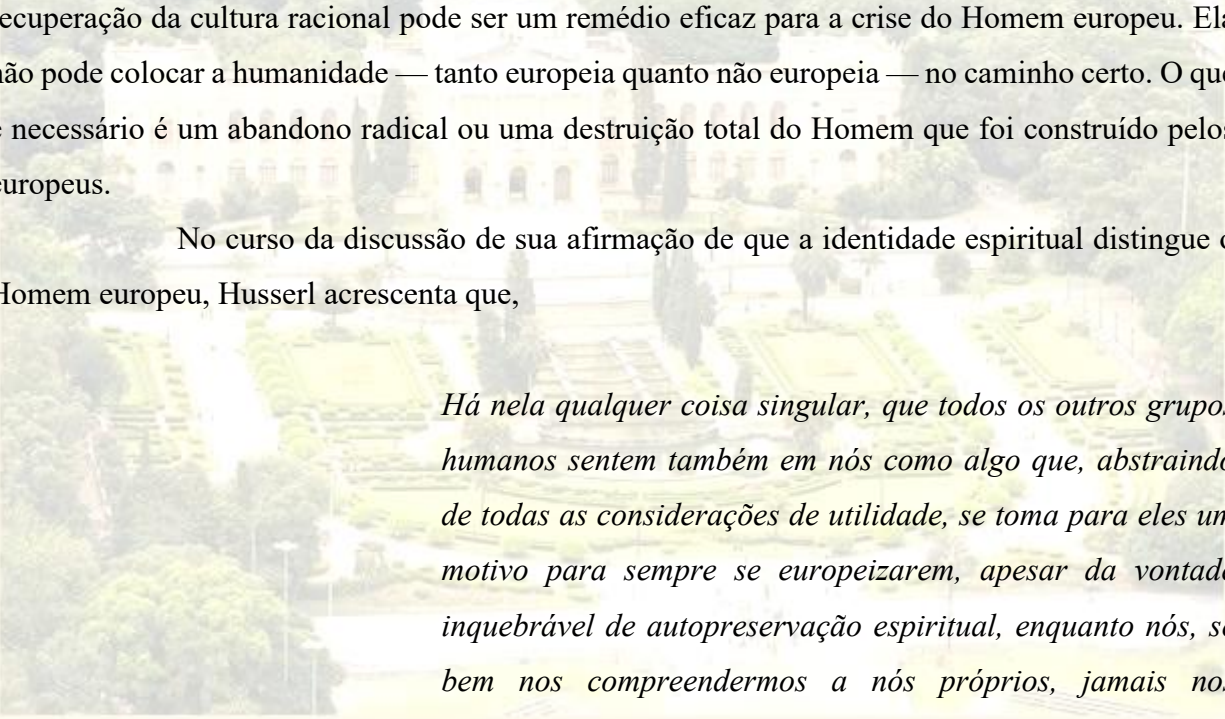
afetado por essa crise e não tem consciência dessa aflição. Embora seja inegável que há diagnosticadores europeus verdadeiros, como Nietzsche, o que pode ser necessário é um diagnosticador não europeu. Ele ou ela pode oferecer uma contribuição substancial ao diagnóstico do que aflige o Homem europeu. Há uma crença predominante, talvez global, de que as pessoas são conhecidas por suas ações e que as ações falam mais alto que as palavras. A identidade e a existência do Homem europeu não estão encerradas no *Lebensumwelt* europeu. O Homem europeu é o que é e se expressa no mundo que compartilha com outros Homens, a menos, é claro, que ele (o Homem europeu) negue que existam outros Homens. Está claro para mim que, ao pensar na filosofia exclusivamente como um fenômeno europeu, Husserl e aqueles que abraçam essa crença advogam essa negação. Os não europeus (aqueles cuja humanidade foi negada pelo Homem europeu) podem estar em melhor posição para atuar como diagnosticadores filosóficos e oferecer uma resolução mais eficaz para a crise que enfrenta o Homem europeu, se é que tal resolução é possível.

A erupção mortal, semelhante ao Vesúvio, do Homem europeu na história humana moderna desencadeou uma época do Euro-Antropoceno na qual o regime desse Homem foi genocida para outros Homens. Esse Homem empreendeu uma cruzada imperial-colonial, aniquilando ou silenciando os homens não europeus. Sustento que esse projeto global está no cerne da crise da existência europeia — no cerne do Homem europeu. O que esse Homem entende como razão foi transformado em arma e foi usado, e ainda é usado, como um míssil para conduzir uma cruzada para exterminar os homens não europeus. É atroz e hediondo, de fato, um crime contra a humanidade, fazer isso em nome da filosofia. O racismo iniciado e perpetrado pelo Homem europeu na história humana moderna é sintomático da doença que aflige esse Homem. Sua vítima pode estar em melhor posição para atuar como diagnosticador filosófico e como terapeuta filosófico. Séculos de surdez incapacitaram o Homem europeu. Ele foi debilitado a ponto de talvez ser inútil tentar restaurar sua capacidade de ouvir. Estamos vivendo no crepúsculo da época do Euro-Antropoceno. Embora finja estar vivo, o Homem europeu está morto. É absurdo ou sem sentido tentar ressuscitá-lo. O fim da crise da Europa implica a extinção do Homem que os europeus geraram. Para o Homem europeu, isso é suicida. Esse Homem não buscará sua própria morte, assim como, para Karl Marx, o Homem burguês não provocará voluntária e conscientemente sua própria queda. O Homem europeu, como a classe burguesa, tem morrido

gradualmente, sem perceber, devido às feridas que infligiu a si mesmo. Os não europeus tiveram um papel histórico a desempenhar no fim do Euro-Antropoceno.

A época do Euro-Antropoceno é tão naturalizada que se coloca como a forma eterna. É difícil entreter seu final. O que não deve ser esquecido é que, independentemente de quanto tempo e quão profundamente esteja enraizada, nenhuma época dura para sempre. O que a morte do Homem europeu implica ainda não foi compreendido por europeus e não europeus. A queda da cultura racional é a queda de uma cultura que, em primeiro lugar, não deveria ter existido. Essa é a cultura do Homem europeu — uma cultura responsável pela crise do Homem europeu e pela crise que esse Homem gerou no mundo não europeu. Husserl está errado ao acreditar que a recuperação da cultura racional pode ser um remédio eficaz para a crise do Homem europeu. Ela não pode colocar a humanidade — tanto europeia quanto não europeia — no caminho certo. O que é necessário é um abandono radical ou uma destruição total do Homem que foi construído pelos europeus.

No curso da discussão de sua afirmação de que a identidade espiritual distingue o Homem europeu, Husserl acrescenta que,



Há nela qualquer coisa singular, que todos os outros grupos humanos sentem também em nós como algo que, abstraindo de todas as considerações de utilidade, se toma para eles um motivo para sempre se europeizarem, apesar da vontade inquebrável de autopreservação espiritual, enquanto nós, se bem nos compreendermos a nós próprios, jamais nos quereremos, por exemplo, indianizar. (HUSSERL, 2008, p.18)

Estritamente falando, isso não é um acréscimo. Está no cerne de ser europeu, ou seja, no cerne do Homem europeu. Há uma crença historicamente definidora⁸ entre os europeus de que eles, e somente eles, são os portadores do que é essencial sobre ser humano, de que eles, e somente eles, podem fornecer uma base histórica verdadeira para o bem-estar humano universal. Não parece haver uma base filosófica verdadeira para essa crença. Ela tem suas raízes na Bíblia

⁸ Traduziu a expressão “*historical historic belief*” por crença historicamente definidora.

cristã, ou é mitológica. Nesse sentido, é antifilosófica. Mas, novamente, isso depende de como a filosofia é entendida. Aos olhos do Homem europeu, ela é essencialmente filosófica. Esse Homem, no entanto, é não apenas cego, mas surdo aos olhos e ouvidos dos homens não europeus. Mas esses outros Homens também podem estar sofrendo da cegueira e da surdez infligidas a eles pelo Homem europeu. A europeização da humanidade chegou ao seu fim. Também é mortal ou autoperigosa para os não europeus europeizarem-se.

O conceito europeu de filosofia é tal que impede um diálogo verdadeiramente filosófico entre europeus e não europeus. Os europeus adotaram uma atitude missionária em relação aos não europeus. Para eles, o objetivo histórico é a europeização dos não europeus. O orgulho europeu está tão profundamente enraizado e amplamente disseminado que deixá-lo de lado para que um diálogo filosófico entre europeus e não europeus possa surgir não aparece no horizonte.

A afirmação de que a crise do Homem europeu pode exigir um diagnosticador filosófico não europeu para um diagnóstico verdadeiro e apropriado é existencialmente problemática. A questão é: qual é a qualificação de tal diagnosticador? Que qualificação ele ou ela deve atender para atuar como um diagnosticador filosófico crível e verdadeiro? Pode estar além da imaginação europeia considerar a possibilidade de um diagnóstico filosófico não europeu do Homem europeu, muito menos compreender a crise que o aflige. Como sugerido na observação acima de que estamos no crepúsculo da época do Euro-Antropoceno, é improvável que o Homem europeu aceite prontamente essa observação. O diagnosticador filosófico não europeu não deve ser um produto dessa época, pois ele ou ela provavelmente estará afetado pela natureza parasitária que aflige muitos homens não europeus. Não estamos preparados para um fim catastrófico da época do Euro-Antropoceno. A distinção entre o diagnosticador filosófico europeu e o diagnosticador filosófico não europeu tornou-se tão difusa que a crise que enfrenta a humanidade desafia a resolução. O Homem-Deus ou o Deus-Homem que poderia oferecer uma resolução desapareceu eternamente da história. Além disso, ambos são produtos da fantasia humana.

Do ponto de vista da concepção europeia do Homem, o africano é a antítese máxima desse Homem. Ou seja, o africano é visto e entendido como Pré-Homem, Anti-Homem ou ambos. Essa antropologia é essencialmente sintomática da doença que tem afligido o Homem europeu por séculos — uma doença cujo diagnosticador verdadeiro e apropriado ainda não surgiu plenamente.

Husserl e seus compatriotas europeus falham completamente em compreender isso filosoficamente. Minha aparente hipótese filosófica é que pode ser necessário um filósofo africano para diagnosticar corretamente esse sintoma e sugerir um possível remédio. No entanto, enquanto o africano permanecer parasitário ao Homem europeu, ele ou ela se desqualifica para desempenhar tal papel. Hoje, esse parasitismo está tão profundamente enraizado e amplamente disseminado que o próprio africano precisa de um diagnóstico e remédio filosófico radical para desempenhar tal papel. Infelizmente, minha hipótese provavelmente está sujeita à surdez que, por séculos, tem afligido o Homem europeu em relação ao que o africano diz sobre filosofia. Aqueles que foram submetidos ao silêncio por séculos dificilmente podem esperar ser ouvidos por aqueles que os silenciaram. De qualquer forma, em última instância, para o Homem europeu, tanto o diagnóstico quanto o remédio devem ser realizados por ele mesmo (o Homem europeu). Nenhum outro Homem pode fazer isso por ele. Ele sofre de uma aflição que trouxe sobre si mesmo. A exigência filosófica inescapável é: diagnostique-se e forneça o remédio para si mesmo. Em última instância, realizar qualquer um desses com sucesso depende de uma compreensão filosófica sempre elusiva de si mesmo

O surgimento do Antropoceno europeu na história da humanidade teve e ainda tem um papel na inibição histórica da possibilidade de um diálogo filosófico genuíno entre povos europeus e não europeus. A crença de que a filosofia e sua história são essencialmente e exclusivamente eurocêtricas está tão enraizada no pensamento dos povos europeus que o reconhecimento de sua natureza problemática continua a ser elusivo. Este ensaio busca aliviar o domínio que essa crença tem sobre nós como uma preparação para a prática de uma filosofia que permita diálogos e conversas filosóficas genuínas entre e com os povos do mundo.

Entre o Homem europeu e o resto dos Homens, o Homem europeu abriu um Vale do Rift geológico que pode levar séculos para ser fechado, se é que o fechamento permanece uma possibilidade. O que Husserl diz é sintomático da contribuição que a filosofia europeia deu para a criação desse Rift — um sintoma que, fundamentalmente, ainda permanece não reconhecido não apenas no mundo da filosofia europeia, mas também no mundo extra-europeu da filosofia que essa filosofia criou. O surgimento de uma nova geografia da filosofia é essencial se houver de ser um fechamento do Vale do Rift existente. O reinado atual da filosofia europeia é um grande obstáculo para o advento desse fechamento. O amanhecer desse fechamento nos chama. O amanhecer não é



o amanhecer de outro Vale do Rift geológico — um Vale do Rift que, de um lado, há uma filosofia europeia e, do outro, uma filosofia anti-europeia: Europa contra o resto de nós. É o amanhecer de uma Humanidade Unificada — o amanhecer de uma nova geografia da filosofia. Bloquear o surgimento dessa geografia é a aflição da qual todos nós sofremos. É nosso chamado histórico geofilosófico remover esse bloqueio.

BIBLIOGRAFIA

EVANGELIOU, Christos. **The Genesis of Philosophy: When Greece Met Africa** Sioux City, Iowa, Parnassos Press, 2015

HEIDEGGER, Que é isto – a filosofia? Tradução de Ernildo Stein. In: Os Pensadores, XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.205-222)

HUSSERL, Edmund. A crise da humanidade europeia e a filosofia. Tradução de Pedro M. S. Alves. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

MERLEAU-PONTY, M., **The Essential Writings of Merleau Ponty**. A.L. Fisher (ed.), New York, Harcourt, Brace and World, 1969.

MURUNGI, John. Husserl and the Crisis of Philosophy. In: **Logos of Phenomenology and Phenomenology of the Logos. Book Three: Logos of History-Logos of Life. Historicity, Time, Nature, Communication, Consciousness, Alterity, Culture**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2006. p. 439-450.

NIETZSCHE, Friedrich W. **A gaia ciência**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

Whitehead, Alfred North. **Process and Reality**. New York: Free Press 1979, p. 39

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

DIREITO, JUSTIÇA E FELICIDADE**LAW, JUSTICE AND HAPPINESS****Rogério Donnini¹**ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3228-6106>

Submissão: 10/02/2025

Aprovação: 28/03/2025

RESUMO:

Este artigo busca estudar o vínculo existente entre Direito, Justiça e Felicidade, desde o Egito Antigo, passando por Roma, por Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino, até Kant e Rawls, para, ao interpretar a Constituição pátria, mostrar a relação entre o Direito e a Justiça (que esta representa o propósito de todo o ordenamento jurídico) e Direito e Felicidade (com a preservação de uma vida digna, com proteção, associada aos direitos sociais, à ideia de solidariedade, além de um comportamento honesto, correto, em que danos devem ser evitados e devidamente reparados, visando ao bem comum, e ainda, a busca pela felicidade).

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Justiça. Felicidade.**ABSTRACT:**

This article seeks to study the link between Law, Justice, and Happiness, from Ancient Egypt, through Rome, Saint Augustine, Saint Thomas Aquinas, to Kant and Rawls. By interpreting the Brazilian Constitution, it demonstrates the relationship between Law and Justice (that the latter represents the purpose of the entire legal system) and Law and Happiness (with the preservation of a dignified life, with protection, associated with social rights, the idea of

¹ Professor Livre-docente de Direito Civil nos Cursos de Mestrado, Doutorado, Especialização (Cogeae) e Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor e pesquisador da *Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi della Campania 'Luigi Vanvitelli'*, Itália, e da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Titular da Cadeira n. 73, Vicente Ráo, da Academia Paulista de Direito, da qual foi presidente. Membro da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*. Advogado e parecerista. E-mail: rogeriodonnini@uol.com.br - **Ark:/80372/2596/v16/004**

solidarity, and honest and correct behavior, in which harm must be avoided and duly repaired, aiming at the common good, and also the pursuit of happiness).

KEYWORDS: Law. Justice. Happiness.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. *Ius, directum e Iustitia*. 3. Ponderações de justiça. 4. Uma breve visão da felicidade estoica, epicúrea e em Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino, Kant, Jeremy Bentham, Hannah Arendt, Hans Kelsen e John Rawls. 5. Direito, dignidade e felicidade. 6. Conclusão.

SUMMARY. 1. Introduction. 2. *Ius, directum, and Iustitia*. 3. Considerations of justice. 4. A brief overview of happiness in the Stoic and Epicurean languages, as well as in Saint Augustine, Saint Thomas Aquinas, Kant, Jeremy Bentham, Hannah Arendt, Hans Kelsen, and John Rawls. 5. Law, dignity, and happiness. 6. Conclusion.

1. INTRODUÇÃO

O vínculo entre Direito, Justiça e Felicidade, desde a Antiguidade, nem sempre é notado e aplicado, mesmo porque, especialmente no século passado, entre nós, sob a égide do Código Civil de 1916, em um sistema fechado, lógico-dedutivo, influenciado pelos códigos oitocentistas europeus, em especial o *Code Napoléon*, de 1804, as normas jurídicas teriam de estabelecer, de forma precisa, determinados pressupostos e indicarem, de forma exata, suas consequências e sequer lacunas, num primeiro momento, eram admitidas. A solução para um determinado caso deveria ser encontrada no próprio ordenamento jurídico, o que o distanciava, muitas vezes, das constantes transformações sociais e econômicas, em evidente descompasso com a realidade. Sendo assim, a análise de um direito justo e a busca pela felicidade, embora discutida no mundo acadêmico, não fazia parte das decisões judiciais. A abertura do nosso sistema jurídico, a partir da Constituição Federal de 1988, com a inserção de normas e princípios, seguida pelo Código Civil de 2002, mediante a utilização de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, passou a ser crível esse liame entre o direito, a busca pela felicidade e o ideal de justiça.

2. *IUS, DIRECTUM E IUSTITIA*

No antigo Egito, mais precisamente nos reinados entre os anos 2686 e 2181 a.C., o símbolo da balança já indicava a ideia de justiça, equilíbrio, proporção, igualdade. A deusa *Maat* representava o ideal de justiça, as normas e os valores morais que seriam atingidos por meio de autodomínio, controle das emoções, serenidade e senso de responsabilidade social². Ao faraó, ou a pessoa por ele designada, denominada *vizir*, era destinada a tarefa de velar pelo princípio de justiça, com clara vertente ética, com a finalidade de estabelecer a paz, o equilíbrio e a solidariedade social na vida terrena³.

O prumo e a balança, como símbolos no mundo antigo egípcio, tinham por objetivo mensurar algo e representavam a noção de justiça, designada pela referida deusa *Maat*, em um julgamento *post mortem*, com uma balança, de um lado uma pluma ou pena de avestruz, em um dos pratos, e do outro o coração do morto, órgão que representava o comportamento moral do egípcio, em uma conexão entre justiça e medida. Se houvesse equilíbrio, o extinto poderia festejar com as divindades; se, por outro lado, o coração fosse mais pesado, seria o espírito devorado⁴.

Na Grécia antiga a balança da justiça também se fazia presente. A deusa *Diké*⁵, filha de Zeus e Themis, segura uma espada na mão direita e uma balança de dois pratos na esquerda, sem o fiel ao meio, em pé, com os olhos abertos⁶ e declarava haver o justo quando os pratos estivessem em equilíbrio, o que resultaria na ideia de igualdade.

² DOBERSTEIN, Arnaldo W. *O Egito antigo*, Porto Alegre: EdPUCRS, 2010, p. 85.

³ *Maat* era, essencialmente, o equilíbrio, o caminho a ser seguido pelos reis, em benefício dos homens (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª ed., 2008, p. 53). V., ainda, PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito*, in *Fundamentos de História do Direito*. Organizador: Antonio Carlos Wolker, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 3ª ed., 2006, p. 42.

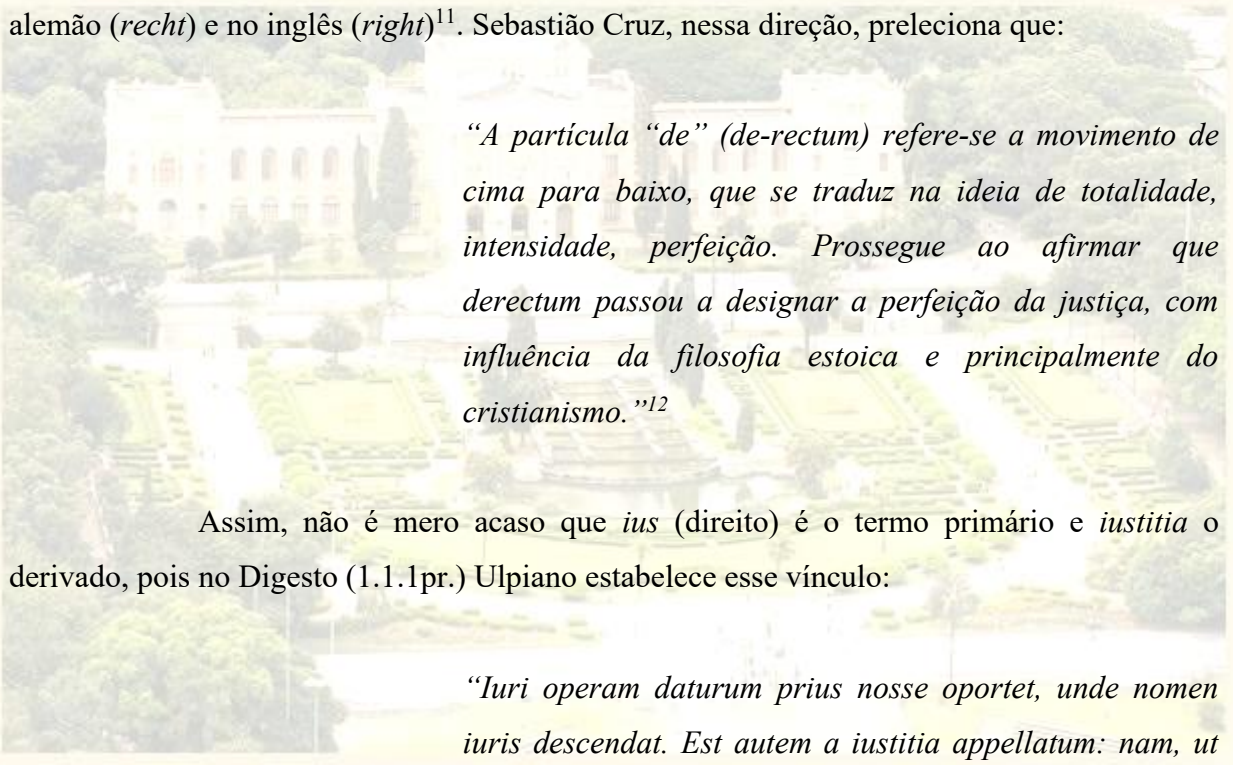
⁴ CÂMARA, Giselle Marques. *Maat: o princípio ordenador do cosmo egípcio – Uma reflexão sobre os princípios encerrados pela deusa no Reino Antigo (2686 – 2181 a.C.) e no Reino Médio (2055 – 1650 a.C.)*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Niterói, 2011, p. 22 e s.

⁵ Há controvérsias a respeito da origem e significado na palavra *Diké* ou *Dikè*. Ensina France Farago in *A justiça*, trad. Maria José Pontieri, Barueri: Manole, 2004, p. 6 e 7, que essa palavra expressa uma relação de reciprocidade, fundamentada na noção de mutualidade. Prossegue ao afirmar que o “fato de os filósofos terem sempre definido *dikaion* (o justo) como *to ison* (o igual, a igualdade) mostra que eles notaram essa reciprocidade. No prolongamento dessa ordem de ideias, fazer justiça, punir (*dikèn didonai*) ou ser punido expressa um procedimento de compensação.”

⁶ A deusa grega de olhos abertos e audição refinada nos mostra o seu saber agir e sua *sapiência*.

Na Roma antiga, abandonada a espada, por ser a atividade de executor, considerada de menor relevância, embora o símbolo balança continuasse a designar um dos integrantes da figura da justiça, a deusa *Iustitia* segura com as duas mãos uma balança de dois pratos, com o fiel ao meio, de pé, de olhos vendados⁷ e dizia o direito (*ius*) quando o fiel estivesse exatamente reto, totalmente apurado, na linha vertical, ou seja, direito, reto de cima para baixo (*de-rectum*, *derectum*)⁸, ou na expressão erudita *directum*.

A palavra *ius* passou a indicar, a partir do século IV de nossa era, o conjunto de constituições imperiais⁹ ou apenas uma delas que, se justas ou injustas, eram tratadas como *ius directum* ou *ius iniustum*, o que fez surgir nas línguas românicas a palavra direito¹⁰, em substituição a *ius*, e nas anglo-saxônicas a forma mais simples, isto é, *rectum*, como no alemão (*recht*) e no inglês (*right*)¹¹. Sebastião Cruz, nessa direção, preleciona que:



“A partícula “de” (*de-rectum*) refere-se a movimento de cima para baixo, que se traduz na ideia de totalidade, intensidade, perfeição. Prossegue ao afirmar que *derectum* passou a designar a perfeição da justiça, com influência da filosofia estoica e principalmente do cristianismo.”¹²

Assim, não é mero acaso que *ius* (direito) é o termo primário e *iustitia* o derivado, pois no Digesto (1.1.1pr.) Ulpiano estabelece esse vínculo:

“*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi*” (Aquele que pretende se dedicar ao Direito, deve saber, de início, de onde deriva o termo Direito. Ele é chamado assim por

⁷ Os olhos vendados demonstram prudência, equilíbrio.

⁸ CRUZ, Sebastião. *Ius. Derectum (Directum)*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1971, p. 42-46, esclarece que a partícula “de” (*de-rectum*) refere-se a movimento de cima para baixo, que se traduz na ideia de totalidade, intensidade, perfeição. Prossegue ao afirmar que *derectum* passou a designar a perfeição da justiça, com influência da filosofia estoica e principalmente do cristianismo.

⁹ As Constituições Imperiais são as *Novellae Constitutiones*, que eram novas leis imperiais e integram o *Corpus Iuris Civilis*, do Imperador Justiniano (526 d.C.), ao lado das *Institutae*, do *Digesto* e do *Codex*.

¹⁰ *Diritto* (italiano), *droit* (francês) e *derecho* (espanhol).

¹¹ CRUZ, Sebastião, ob. cit., p. 52/56.

¹² CRUZ, Sebastião, ob. cit., p. 42/46.

derivar de Justiça, pois tal como Celso elegantemente o define, o Direito é a arte do bom e do equitativo).

Ao citar Celso em sua definição de direito (*Ius est ars boni et aequi*)¹³, a noção primitiva de *ars* (arte) não tem relação com o belo, no sentido moderno, mas técnica, ofício. Em sendo assim, a noção de direito seria a técnica de aplicação do que é bom e justo. Nas traduções do Digesto, ora se verifica “aequi” como equitativo, ora como justo, diante da ideia do justo como equitativo.

Prossegue Ulpiano (Digesto 1.1.1.1), ao asseverar que os jurisconsultos podem ser chamados de sacerdotes, visto que cultivam a Justiça e professam o conhecimento do bom e do equitativo (*bonum et aequum*), separando o justo do injusto, discernindo o lícito do ilícito, além do fato de aspirarem pela formação de pessoas boas¹⁴.

Portanto, a balança representa, nos três símbolos indicativos de justiça (Egito, Grécia e Roma), a imagem do equitativo, do equilíbrio, com ou sem o fiel da balança. Há, bem de ver, a noção de igualdade, que se obtém por meio de uma justa medida, mensuração.

combate à pobreza, assim como ao atraso econômico, com vistas à melhoria das condições sociais da população rural. Políticas compensatórias foram administradas nos anos 70 no Brasil sob os cuidados de governos militares que entendiam que a transformação social e econômica aconteceria a partir de um desenvolvimento “natural”, (HAMMES; DEPONTI, 2017, Apud NAVARRO, 2001).

Hammes e Deponti (2017, Apud NAVARRO, 2001) apontam que na década de 80 muitas mudanças ocorreram no Brasil e as discussões acerca do desenvolvimento rural diminuíram, e essa década foi denominada de “década perdida”, e apenas a partir da década de 90 é que se têm os primeiros indícios de estabilização econômica. A temática volta a ser

¹³ “O direito é a arte do bom e do justo”

¹⁴ Digesto 1.1.1.1: “Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes”. (“Pelo mérito, chamam-nos sacerdotes: pois cultivamos a justiça, professamos o conhecimento do bom e do equitativo, separando o justo do injusto, discernindo o lícito do ilícito, desejando tornar bons os homens não somente pelo medo das sanções, senão com o incentivo de prêmios, buscando ansiosamente, senão erro, a verdadeira filosofia, não a aparente”).

apresentada nos anos 90 instigando o Estado a ser a favor da zona rural, levando a inclusão da agricultura familiar na nova Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988.

A Constituição Federal do Brasil (CFB 1988) em seu artigo 5º discorre sobre direitos e deveres individuais e coletivos, sendo estes direitos fundamentais que garantem o direito à propriedade, e determinam que a propriedade precisa atender à sua função social, que por sua vez passou a atender aos interesses da comunidade, cumprindo, por sua vez, sua função social. O artigo 186 retrata a função social sobre propriedade rural com foco nas questões econômicas, ambientais e sociais, associando-se ao uso racional e adequado do imóvel, dos recursos naturais e sua preservação, e com as relações de trabalho que se relacionam com a qualidade de vida de trabalhadores e proprietários, relata Hammes e Deponti (2017).

O Censo Agropecuário de 2006 aponta que as pequenas propriedades rurais do Brasil, atendendo à sua função social, responsabilizam-se por uma quantidade considerável da produção de alimentos da agricultura familiar, uma vez que emprega, aproximadamente, 75% da mão de obra do campo, sendo responsável pela segurança alimentar da população brasileira, com uma produção de 70% do feijão, 87% da mandioca e 58% do leite, alimentos estes consumidos no Brasil, de acordo com o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA).

Quijada; Cavichioli; Soares (2020 Apud FERREIRA, SILVEIRA e GARCIA, 2001) relata que a agricultura familiar apresenta uma diversidade cultural, econômica e social, praticamente, desconsiderada até os anos 90 pelas políticas públicas em questão, sendo que após a guerra a intenção era a modernização da produção para aumentar a produção com vistas aos avanços tecnológicos, voltados para empresas rurais que possuíam uma gama de extensão de terra, facilidade de acessar crédito e subsídios fiscais.

O processo de modernização nos moldes que ocorreu não melhorou a estrutura fundiária, e sim provocou a segregação de produtores/as, causando prejuízos sociais e ambientais na esfera rural, que impactou diretamente na lógica populacional do país. O Brasil reconhece os/as pequenos/as agricultores/as como agricultores/as familiares em meados de 1990, sendo esta uma categoria social e política que promoveu ações como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura (PRONAF) no ano de 96, em 99 a criação do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) e da Secretaria da Agricultura Familiar (SAF) em 2021, conforme destaca Quijada; Cavichioli; Soares (2020 Apud GRISA; SCHNEIDER, 2014).

A Lei 11.326/2006 da Agricultura Familiar estabelece diretrizes para a Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais (BRASIL, 2006), reconhece assim a categoria social, que tem importância crucial para segurança alimentar e nutricional, para o desenvolvimento sustentável, assim como a geração de emprego e renda e a contribuição para redução da migração. Já no ano de 2017 editou-se o Decreto nº 9.064, para regulamentar a lei supracitada, que relata sobre a Unidade Familiar de Produção Agrária, ao tempo que, também, regulamenta o Cadastro Nacional da Agricultura Familiar (BRASIL, 2017).

Para tanto, torna-se importante discorrer de forma mais aprofundada sobre as garantias da agricultura familiar, de acordo com o que institui a Constituição Federal do Brasil (CF), com um recorte para delinear as linhas de crédito e políticas públicas nesse setor, sendo assim, uma questão importante a ser respondida nessa pesquisa, quais são as garantias constitucionais para a agricultura familiar, considerando as linhas de crédito e as políticas públicas existentes? E configura-se como objetivo desse trabalho dialogar sobre a agricultura familiar e suas garantias constitucionais.

Junqueira e Lima (2008) defendem que as dificuldades enfrentadas e as características próprias da agricultura familiar brasileira demandam por políticas públicas oportunas, que busquem a viabilização destes pequenos empreendimentos produtivos, promovendo a fixação do/a produtor/a rural no campo, evitando assim novos fluxos de êxodo rural e contribuindo para o desenvolvimento regional.

E é por isso que se justifica a abordagem dessa pesquisa por compreender a importância da agricultura familiar para a economia do Brasil, para a segurança alimentar e nutricional das pessoas, e para a continuidade da população rural nas zonas rurais, sendo estes direitos constitucionais e legítimos.

3. PONDERAÇÕES DE JUSTIÇA

A noção de justiça tem desafiado a humanidade desde a Antiguidade e não seria aqui, em poucas linhas, que isso seria pertinente. Entretanto, se tormentoso e extremamente complexo é esse tema, ao menos cabe uma pálida visão, na medida em que o valor próprio do direito é a justiça, concebida esta não como mera relação formal dos atos e atividades humanas, mas como unidade concreta destes, para a constituição do bem comum.

Trata-se do pressuposto de todo o ordenamento jurídico¹⁵. Contudo, a justiça é um *dubium* e não um *certum*, razão pela qual não se pode dar a ela um tratamento monológico. Caracteriza-se, de maneira geral, como aquilo que é equitativo, congruente, virtuoso, igual. Por outro lado, de forma específica, diz respeito à congruência relativa do ser humano. Daí o esforço para sua busca mediante espécies, tais como a distributiva, diórtica (retificadora, corretiva, comutativa e retributiva)¹⁶, entre outras.

Tercio Sampaio Ferraz Junior, ao tratar do tema justiça, afirma que a igualdade parece ser o cerne da justiça. Todavia, estabelece uma diferenciação nos critérios formais e materiais da justiça. Os primeiros são considerados um código (sistema ordenado de símbolos) forte, visto que as ideias de “dar a cada um o lhe é devido”¹⁷, da proporcionalidade aritmética e geométrica, do tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, possuem afirmações mais unívocas. Os critérios materiais da justiça, contudo, representam um código fraco, com ideias como “o justo é o que serve à vida” ou “justiça é o respeito à ordem social criada por Deus”¹⁸. Se é dificultoso ou mesmo impraticável um conceito de justiça, ao menos em casos específicos essa árdua tarefa é passível de concreção. Para tanto, há que se imaginar um liame entre justiça e igualdade, além de uma relação entre o ideal de justiça com suas feições, que servem para caracterizá-la, ao menos, com outros valores que se mesclam ou têm caminhos comuns.

Como medida de justiça podemos citar a dignidade humana¹⁹, a solidariedade, a liberdade, que no direito privado consiste na liberdade contratual, decorrente da autonomia privada, a boa-fé objetiva²⁰, da qual resultam os deveres de consideração, também denominados deveres anexos, acessórios ou laterais (informação, lealdade e proteção)²¹, e não lesar a outrem (princípio *neminem laedere*)²², fundamento da responsabilidade civil, que no

¹⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 272.

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito - Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, São Paulo: Editora Atlas, 3ª ed., 2009, p. 168 e s.

¹⁷ “Suum cuique tribuere.”

¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao ensino do Direito, técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Editora Atlas, 1993, p. 323.

¹⁹ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 246.

²⁰ V. DONNINI, Rogério. In *Enciclopédia Jurídica da PUCSP* - <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/597/edicao-3/boa-fe-e-probidade>

²¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2001.

²² DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41 e s.

O princípio *neminem laedere* consta do *Digesto*, que corresponde a uma das partes do *Corpus Juris Civilis* ou Código *Justinianeu*, do Imperador Justiniano, de 526 d.C., que compreende as *Institutas* ou *Instituições* (*Institutiones*), o Código (*Codex*), consistente de uma coleção sistemática de leis e decretos imperiais, e as *Novelas* (*Novellae Constitutiones*), que eram novas leis imperiais. No *Digesto* 1.1.10.1, entre os três preceitos do direito, Ulpiano estabelece o *neminem laedere* (*alterum non laedere*), não lesar a outrem, que é utilizado

plano constitucional é identificado especialmente no mesmo dispositivo que versa sobre o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), uma vez regula a ameaça e lesão a direito, ou seja, prevenção e reparação de danos. São, sem dúvida, valores que exercem, no caso concreto, a função de medida da justiça. Sem esse valor primacial (justiça), o direito não possui qualquer significado.

Essas ponderações de justiça são, em verdade, valores e normas morais, conceitos ético-jurídicos²³, isto é, concepções jurídicas e éticas que se unem e hoje estão positivadas em nosso ordenamento jurídico e funcionam como cláusulas gerais, tanto no plano constitucional como no infraconstitucional.

No preâmbulo de nossa Lei Maior há evidente vínculo entre a lei, o direito e a justiça quando são assegurados a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos. Nossa Constituição Federal estabelece um Estado de Direito Material, uma vez que no corpo do texto são encontradas ponderações de justiça²⁴, tais como dignidade humana, igualdade, solidariedade, justiça social e liberdade. Há, portanto, em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais (proteção aos direitos da personalidade, boa-fé, bem comum, função social da propriedade e do contrato, vedação ao abuso do direito, entre outros) um novo direito natural, com uma vasta gama de princípios positivados. Desta forma, não basta um julgamento segundo a lei, pois a decisão judicial, devidamente fundamentada, deve ser proferida de maneira justa. Tanto é certo que cabe ao magistrado, além da vedação ao *non liquet*²⁵, fundamentar sua decisão nos termos da lei, uma vez que ele está a ela submetido, ao invocar uma regra ou um princípio, não se descartando a utilização de ambos, tendo como objetivo o ideal de justiça²⁶.

como fundamento para a teoria da responsabilidade civil: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* — “Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu” (*Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, Volume I, trad. Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos, São Paulo: YK Editora, 2017, p. 63/64).

²³ Como no Direito Privado a observância da boa-fé e probidade, assim como o artigo 37 da Constituição Federal, ao tratar do princípio da moralidade.

²⁴ HORN, Norbert, *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 393.

²⁵ Trata-se de expressão do Direito Romano, que era aplicada nas hipóteses em que o magistrado não encontrava uma clara resposta jurídica para julgar e, portanto, deixava de decidir.

²⁶ COING, Helmut, ob. cit., p. 350.

4. UMA BREVE VISÃO DA FELICIDADE ESTOICA, EPICÚREA E EM SANTO AGOSTINHO, SANTO TOMÁS DE AQUINO, KANT, JEREMY BENTHAM, HANNAH ARENDT, HANS KELSEN E JOHN RAWLS

Felicidade, do latim *felicitas*, *atis*, significa prosperidade, ventura²⁷. A ideia de felicidade é polissêmica e não há um comportamento, uma maneira de viver ou pensar, nos planos material ou imaterial, que permita conceituá-la, mesmo porque esse verdadeiro estado de espírito é encarado como algo transitório, pois há momentos de felicidade e infelicidade. Diante disto, tem significados diversos para cada pessoa. Trata-se de sentimento que, examinado individualmente, não gera um consenso no que se refere à sua demonstração.

Os gregos antigos criaram um princípio que cuidava da justa medida e punia os excessos nas práticas do homem. Assim, quando este passava dos limites, em razão de comportamento arrogante, sem moderação ou excessivamente audacioso (*hybris*), havia uma forma de correção para o fim de propiciar ou restabelecer um equilíbrio, mediante sanções e calamidades (*nemesis*). Desta forma, uma felicidade plena dos mortais causava a força destruidora da inveja e ciúme dos deuses²⁸.

É certo que sempre foi difícil descobrir o que torna alguém ou uma vida feliz. Aristóteles, no século IV a.C., já expunha quão difícil era o desafio de conceituar felicidade, pois, segundo ele, todos concordavam com essa palavra, com o seu nome, que viver e agir bem seriam o mesmo que ser feliz, porém não havia um consenso dessa noção entre o vulgo e o sábio²⁹. Felicidade seria alguma coisa que se procura por si só e jamais um meio para se atingir um dado patamar. O prazer, a honra, a riqueza³⁰, a excelência, a virtude, entre outros, poderiam ser considerados meios para se tentar atingi-la. Inexistiria, todavia, uma visão uniforme do que seria e como alcançá-la. Na mesma direção do que ensinava Platão, concluiu Aristóteles que a felicidade seria um bem supremo e poderia ser compreendida como um modo de vida consistente em uma existência virtuosa, cuja realização seria a finalidade da ética.

²⁷ BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da Língua Portuguesa*, Santos: Editora Brasília Limitada, 1974, 9º volume, p. 576. Felicidade, em grego, é eudaimonia (ευδαιμονία); em alemão, *gluuck*; em italiano, *felicità*; em francês, *bonheur*; em espanhol, *felicidad*.

²⁸ GIANNETTI, Eduardo. *Felicidade*, São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 99.

²⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, I, 4.1905 a 14-22, trad. Pietro Nassetti, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 21.

³⁰ GOETHE, Johann Wolfgang von. *Viagem à Itália*, trad. Sérgio Tellaroli, São Paulo: Companhia das Letras, 1999, já demonstrava, ainda jovem, a engenhosidade dos napolitanos que não visavam à riqueza, mas a uma vida sem preocupações, propiciando, assim, uma felicidade sincera, natural. Percebe-se desse relato que não há relação direta entre riqueza e felicidade.

O *Estoicismo*, cuja origem está na atividade filosófica de Sócrates, embora idealizado um século depois de sua morte³¹, consideraram dois tipos de felicidade: a interior e a exterior. A primeira seria obtida com o esforço do homem para chegar à perfeição, que corresponderia a viver segundo a razão, ou seja, a virtude; a segunda seria a felicidade exterior e o bem-estar, que estariam no destino de cada pessoa³².

Para o Epicurismo, a ausência de sofrimento, de dor, de aflição, faz surgir o prazer de viver, uma vida prazerosa, feliz, que representaria o bem supremo. Epicuro relaciona prudência, beleza e justiça, ao concluir que é impossível viver prazerosamente (ausência de sofrimento) sem ser prudente e justo. Afirma, ainda, que, mesmo que alguém viva com correção, sem prudência e justiça não vive feliz. A máxima que serve de fundamento para a responsabilidade civil, que abarca as atuais funções preventiva e reparatória, base do princípio *neminem laedere* (a ninguém lesar), é a de n. XXXI, que estabelece: “O justo segundo a natureza é a regra do interesse que temos em não nos prejudicarmos nem sermos prejudicados mutuamente”³³. Há uma relação estreita entre o ideal de justiça e o direito.

Em Roma, há relatos da influência da *hybris* grega nas cerimônias realizadas para comemorar conquistas militares, com as mais elevadas honras aos generais, verdadeiros homens do triunfo (*vir triumphalis*), que estavam próximos da divindade, usando, para tanto, a *toga picta*³⁴, percorrendo a cidade eterna em uma carruagem, contemplando os aplausos da população. Essa celebração causava, ao mesmo tempo, excessiva inveja de muitos e a soberba do *triumphalis*. A felicidade aparentemente plena de quem triunfava estava distante da ideia de equilíbrio. No intuito de combater esses sentimentos, na carruagem que transportava o general vitorioso havia um conjunto de sinos (*tintinnabulum*) e ao seu lado havia um escravo público para evitar o orgulho desmedido, a arrogância, que o alertava constantemente que ele era apenas um mortal, um homem, ao sussurrar: “memento mori, memento te hominem esse, respice post te, hominem te esse memento” (Lembra-te que és mortal, lembra-te que és um homem, olhes ao redor, lembra-te que és apenas um homem).

Sêneca, expoente do estoicismo em Roma, também traçou alguns caminhos para uma vida feliz. A primeira via seria não seguir os mesmos trilhos que a maioria das

³¹ INWOOD, Brad. *Os estoicos*, tradução de Paulo Fernando Tadeu Ferreira e Raul Fiker, São Paulo: Odisseus, 2006.

³² CORTINA, Adele. *Ética mínima*, tradução de Marcos Marcionilo, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 269.

³³ EPICURO. *Máximas principais*, texto, tradução, introdução e notas de João Quartim de Moraes, São Paulo: Loyola, 2010, p. 16.

³⁴ Toga na cor roxa.

pessoas segue, em um consenso geral, na imitação desse *modus vivendi* e, portanto, distante da razão. Dever-se-ia buscar o que é melhor e não o mais comum. Em seguida, estabeleceu uma vida feliz como aquela “fundada de modo inamovível em um juízo reto e certo”³⁵.

Para Santo Agostinho, ninguém pode saber o que é felicidade se não experimentou o que é ser feliz³⁶. Em um primeiro momento, vinculou a ideia de felicidade com *gaudium* (alegria), ou mais precisamente à verdadeira alegria, que seria aquela em Deus, em um conceito empírico. Essa tese, entretanto, foi por ele modificada, ao estabelecer um conceito formal de felicidade, ao afirmar que todos queremos ser felizes e sabemos o que é felicidade (*beata vita*). Para atingi-la, seria feliz aquele que tem tudo o que quer e, ao mesmo tempo, nada quer do que seja iníquo³⁷.

Santo Tomás de Aquino, por sua vez, ensina que a busca pela felicidade representaria um processo constante, mesmo que incompleto, pois sua completude não seria possível nesta vida. A regra essencial do direito natural, o fundamento maior, se resumiria na máxima “*bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum*” (O bem deve ser praticado e imitado e o mau evitado). Assim, a lei deveria estar dirigida para o bem comum (*bonum commune*)³⁸. Na realidade, felicidade e bem comum se completam, assim como também há uma evidente integração entre vida digna, isto é, o respeito à dignidade humana vinculado aos direitos sociais e uma vida feliz, no plano coletivo³⁹.

Diversas foram as tentativas de explicação do que seria felicidade no Iluminismo. Os autores desse período idealizaram que o progresso científico e material propiciaria mais felicidade, em virtude de uma melhor qualidade de vida, um bem-estar coletivo. Immanuel Kant sustenta que a felicidade não seria considerada um bem supremo sobre o qual se subordinariam todos os princípios e normas morais, mesmo porque a noção de bem supremo não seria integral, pois exigiria harmonia entre a moralidade ou virtude e a felicidade. Estaria, assim, muito distante o momento em que as pessoas fossem felizes e mais

³⁵ SÊNECA. *Da vida feliz*, trad. João Carlos Cabral Mendonça, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 14.

³⁶ SANTO AGOSTINHO. *Confissões, Livro X*, trad. J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco e Petrópolis: Vozes, 2011, p. 252.

³⁷ Sobre os conceitos formal e empírico de felicidade, v. MATTHEWS, Gareth B. *Santo Agostinho*, trad. Álvaro Cabral, Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 209 e s.

³⁸ Nesse sentido, o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela Lei n. 12.376/2010), que determina ao magistrado, na aplicação da lei, o dever de atender à sua finalidade social e às exigências do bem comum.

³⁹ Santo Tomás de Aquino já afirmava que a dignidade é justamente a superioridade do homem por ser livre, pelo fato de agir por si mesmo, por possuir o domínio de seus atos e não pelo comando de outros seres, identificando-a, assim, com a razão, com a capacidade da pessoa de conhecer o que está ao seu redor, no mundo (AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, trad. Aldo Vannuchi e outros, São Paulo: Loyola, 2005, I, 29,3).

difícil ainda seriam aqueles que fossem virtuosos e felizes⁴⁰. Sendo assim, seria falso considerar que a virtude pudesse gerar felicidade ou que a busca pela felicidade propiciasse, necessariamente, felicidade.

Kant conseguiu demonstrar, assim, que o conceito de felicidade é empiricamente impraticável, visto que as aspirações e vontades humanas são distintas, variando de pessoa a pessoa, o que tornaria, desta forma, a noção de felicidade inatingível⁴¹ e insolúvel. Para esse mesmo filósofo, a felicidade não guardaria relação com o saldo favorável de prazer, em contrapartida com os momentos de desprazer, mas um tipo de bônus, em razão do dever cumprido, pois os homens deveriam sacrificar seu bem-estar presente em benefício de uma comunidade futura que, bem de ver, não conheceriam.

Jeremy Bentham foi quem expôs, de forma clara, a tese do *utilitarismo*, influenciado pelo Epicurismo, em uma visão social. A noção do útil foi por ele definida como “a propriedade de qualquer objeto, pela qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade ou a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade...”⁴². Útil é, portanto, o prazer, entendido este como ausência de dor, sofrimento. A dimensão do utilitarismo amplia-se até a busca da maior felicidade do maior número de pessoas. Assim, o que está em consonância com a utilidade ou o interesse de uma pessoa é o que tende a aumentar a soma total de sua felicidade, ou seja, o que vem ao encontro da utilidade e dos interesses de uma comunidade é o que deve fazer crescer a soma total da felicidade dessa coletividade⁴³. É o que ele assevera ser o objetivo do direito: a procura da maior felicidade para o maior número de pessoas (princípio da maximização).

Hannah Arendt, ao discorrer sobre felicidade e trabalho, atesta que é direito de todos a busca pela felicidade, fato tão incontestável quanto o direito à vida. Acrescenta, ainda, que ambos são idênticos, porém nada têm que ver com a boa fortuna que, além de rara, tem pouca duração e aquele que vai ao seu enalço se torna infeliz, mesmo quando a encontra, por ter a intenção de “conservar e desfrutar a sorte como se esta fosse uma inesgotável abundância de ‘boas coisas’”⁴⁴.

⁴⁰ HOTTOIS, Gilbert. *Do Renascimento à pós-modernidade – Uma história da Filosofia Moderna e Contemporânea*, trad. Ivo Storniolo, Aparecida: Ideias & Letras, 2008, p. 185.

⁴¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, Rio de Janeiro: Publicações Brasil Editora, 1997, p. 36 e 37.

⁴² BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, in *Os grandes filósofos do direito*, Clarence Morris (org.), trad. Reinaldo Guarany, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 262.

⁴³ FARAGO, France, ob. cit., p. 187.

⁴⁴ ARENDT, Hanna. *A condição humana*, trad. Roberto Raposo, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 133.

Hans Kelsen, ao se referir a esse tema, aduz que uma ordem justa seria aquela destinada a regular o comportamento humano, no sentido de contentar a todos e, com isso, encontrar sobre ela (ordem justa) a felicidade. Sendo assim, a procura pela justiça seria o anseio dos homens por felicidade. O conceito de felicidade deveria se transmutar do âmbito individual para uma categoria social, pois a felicidade individual deveria se transformar em satisfação das necessidades sociais. Justiça seria, destarte, felicidade social, ao ponderar que “é a felicidade garantida por uma ordem social”. O conceito de justiça, para ele, “transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos de proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem”⁴⁵.

Uma pessoa seria feliz, para John Rawls, seria quando ela fosse mais ou menos bem sucedida em seu plano de vida. O bem⁴⁶ seria a satisfação desse desejo racional, o cumprimento desses objetivos e interesses. Pondera, também, que felicidade não seria um fim, entre outros, que desejamos, mas a realização do próprio desígnio, como um todo. Os planos racionais para esse objetivo deveriam se conformar às restrições do direito e da justiça. Essa busca geralmente nos evidenciaria certos tipos de objetivos, tais como a vida, a liberdade e o próprio bem-estar.

Essa busca pela felicidade, na realidade, depende, certamente, dos valores de cada pessoa, suas crenças, ideologia, enfim, uma vasta gama de fatores para atingir esse ideal, que está mais próximo do imaginário do que da razão, ao menos no plano individual. De qualquer forma, diante das inúmeras escolhas que pode perseguir, o ser humano está em constante transformação, nessa busca pela felicidade, pois o que importa na vida não é somente viver, mas viver para o bem, visto que o real sentido da vida é manifestamente ético⁴⁷. Esse juízo ético não é edificado apenas de razão, mas também de vergonha, indignação, ternura e compaixão⁴⁸, a par de um sentimento de tolerância e compreensão.

5. DIREITO, DIGNIDADE E FELICIDADE

⁴⁵ KELSEN, Hans Kelsen. *O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2 a 4.

⁴⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, trad. Jussara Simões, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 111 e 489 e s.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 694 e 695.

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

Saber o que é felicidade importa refletir acerca do que é importante ou não na vida, traçando um difícil caminho no plano individual, de improvável generalização, e um menos complexo no âmbito coletivo, como será aqui tratado. Talvez a noção mais próxima do que seja felicidade, embora dotada de um subjetivismo enorme, fosse sua concepção a partir da ideia do que seja infelicidade. Contudo, como dissemos, em princípio, o ato ou atividades danosas causam infelicidade. No plano individual, apenas diante de momentos infelizes é que se pode ter a noção do que seja uma vida feliz e, mesmo assim, com variações consideráveis de pessoa para pessoa. Independentemente de sua exata noção que, na realidade, é inatingível, não se pode deixar de enaltecer que a felicidade continua a ser uma finalidade máxima da humanidade⁴⁹, pois não há quem, em sã consciência, não deseje uma vida feliz. E nosso ordenamento jurídico não descarta, em momento algum, essa busca pela felicidade. Ao contrário. Há acolhimento e difusão desse tema, haja vista que existe uma relação direta entre dignidade humana, felicidade, a ideia de não lesar a outrem (princípio *neminem laedere*) e bem comum. A dignidade humana é um princípio jusnaturalista, centrado na ideia de liberdade e igualdade, segundo o qual toda pessoa tem, diante de sua simples existência humana, o direito ao respeito à sua dignidade⁵⁰. Contrapõe-se, assim, ao argumento jurídico de mera racionalidade utilitarista.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que nas relações de direito privado se faz presente na boa-fé objetiva, fundamenta-se, portanto, na proteção da pessoa, tendo em vista que é ele identificado a partir de sua violação.

Antes do Iluminismo, Giovanni Pico della Mirandola, no ano de 1486, em seu *Discurso sobre a dignidade do homem*, contribuiu de maneira original ao desenvolvimento desse tema, com viés antropocêntrico, não apenas quando afirmava que o homem é livre para suas escolhas⁵¹, mas que, ao optar por um dado caminho, encontrava a sua própria essência, por estar acima do mundo físico-biológico. Se a liberdade, a autodeterminação, é um dom recebido, a dignidade está em saber utilizá-la adequadamente, transformando o mundo e a si mesmo em direção ao melhor⁵².

⁴⁹ MONTAIGNE, Michel de. *Os Ensaios*, livro I, 20, p. 81 e s., trad. Rosemary Costhek Abílio, São Paulo: Martins Fontes, 2002, ensina que o consenso entre todas as opiniões sobre a finalidade da vida e dos ensinamentos morais é a busca pela felicidade, mesmo que haja divergências quanto à forma da condução mais adequada e eficaz para se alcançar esse objetivo.

⁵⁰ KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado – Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*, trad. de Urbano Carvelli, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 284.

⁵¹ MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem (Oratio de Hominis Dignitate)*, trad. de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. 57.

⁵² LACERDA, Bruno Amaro. *A dignidade humana em Giovanni Pico della Mirandola*, in *Revista Legis Augustus* (Revista Jurídica), Unisum Publicações, vol. 3, setembro/2010, n. 1, p. 22.

Francisco de Vitoria, no século XVI, traçou as bases para o desenvolvimento desse tema, ao refutar veementemente o argumento espanhol dominante de que os índios, por serem pagãos, podiam ser escravizados ou mesmo exterminados, uma vez que não seriam sujeitos de direito. Vitoria, ao abrigo do direito natural, sustentava que as pessoas, por sua própria natureza, eram, a princípio, iguais e livres. Para tanto, valeu-se do princípio *neminem laedere* para justificar que não se devia lesar a outrem, tampouco ser lesado, citando Plauto: “Non enim homini homo lupus est, sed homo” (Não é um lobo o homem para o próprio homem, mas homem)⁵³.

No entanto, somente a partir do século XVIII que sucedeu o desenvolvimento mais efetivo do princípio da dignidade humana, em especial por meio de Kant, cuja noção principia da autonomia ética, ao estabelecer o homem como um fim em si mesmo e não como instrumento ou meio de outra pessoa⁵⁴, construção essa que parte na natureza racional do ser humano. Entretanto, é inegável que esse princípio tem suas bases centradas no cristianismo, segundo o qual a dignidade implica a igualdade dos homens diante de Deus, impondo, desta forma, a proteção e o respeito da pessoa, o que fomentou a igualdade civil⁵⁵.

Embora o desenvolvimento desse assunto ter-se iniciado há muito tempo, somente depois da Segunda Grande Guerra, após um período de transgressão incomparável aos direitos de humanidade, é que muitos países inseriram em suas constituições federais o princípio da dignidade humana⁵⁶, entre eles o Brasil⁵⁷. A percepção de sua aplicação ocorre inexistindo respeito pela vida, integridade física ou moral, bem assim na hipótese de falta de condições mínimas para uma existência digna ou caso não haja limites ao poder. Da mesma forma, a ausência de liberdade, autonomia, igualdade de direitos e dignidade ou, ainda, o desrespeito aos direitos fundamentais⁵⁸.

A busca pela felicidade, no plano social, implícita na Constituição Federal de 1988, advém do princípio da dignidade da pessoa humana e está relacionada diretamente com os direitos sociais do art. 6º (a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social e a proteção à maternidade, à infância e aos

⁵³ Embora Francisco de Vitoria refira-se a Ovídio, na verdade essa máxima é de Plauto, dramaturgo romano na república (509 a 27 a.C.). V. KRIELE, Martin, ob. cit., p. 285.

⁵⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, trad. Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59.

⁵⁵ ISRAEL, Jean Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*, trad. de Carlos Souza, Barueri - São Paulo: Editora Manole, 2005, p. 57.

⁵⁶ As Constituições de Weimar, de 1919, a portuguesa de 1933 e a irlandesa de 1937 já previam esse princípio antes mesmo da Segunda Grande Guerra.

⁵⁷ CF, art. 1º, n. III.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 69.

desamparados), isto é, uma vida pode ser considerada digna se atendidas as metas desse dispositivo, o que facilitaria ou seria um rumo à busca da felicidade. O tema *felicidade* transcendeu há muito o campo meramente filosófico e integra a seara do direito⁵⁹ e vem sendo objeto de decisões judiciais⁶⁰.

O interesse pelo bem comum, fundamento da ética, como vimos, e que se identifica com o ideal de justiça, dentro de uma visão histórico-social⁶¹, tem se expressado das mais diversas formas e resulta na indagação: o que devemos realizar nessa busca por uma vida feliz? Viver com felicidade é, assim, o fim, o escopo da ética. Todavia, como uma vida feliz não pode ser igual para todos, há um movimento que move do campo da filosofia moral para o campo do dever⁶², com reflexos diretos na responsabilidade civil.

Se o fundamento da ética é uma vida feliz, não há excentricidade ou utopia na propagação do princípio da felicidade, mesmo porque este visa ao bem comum, aspiração também do direito e da justiça. O liame entre a dignidade humana, sua proteção, e os direitos sociais do art. 6º do texto constitucional têm perfeita sintonia com o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, redação dada pela Lei n. 12.376/2010), quando determina que o juiz atenderá, na aplicação da lei, os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, previsão essa também atendida no Código Civil, em suas bases: eticidade, socialidade e operabilidade.

⁵⁹ Vários textos legais inserem ou inseriram a felicidade como um propósito. A Declaração da Virgínia, de 12 de junho de 1776, em seus arts. 1º e 3º, tratava da busca da felicidade. Em França, no ano de 1789, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) contemplava uma noção coletiva de felicidade (felicidade geral), o mesmo sucedendo com o atual texto constitucional francês de 1958, que em seu preâmbulo estabelece "... afin que les réclamations des Citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous". No mesmo sentido, a Constituição do Japão, de 3 de novembro de 1946, em seu artigo 13, bem como a Carta da Coreia do Sul, de 1948, em seu art. 10, também prevê o direito à felicidade e o relaciona à responsabilidade do Estado, no que concerne aos direitos e garantias individuais. A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, no dia 19 de julho de 2011, resolução na 65ª Sessão, 13º item da agenda, que reconhece a busca pela felicidade como "um objetivo humano fundamental" e convidou os Estados-Membros a promover políticas públicas que incluam a importância da felicidade e do bem-estar em sua aposta pelo desenvolvimento.

⁶⁰ STF – RE 477.554 AgR/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011 DJe 26/08/2011; STJ – REsp 1.281.236/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/03/2013, publ. DJe 26/03/2013; TJSP – Apelação Cível 0349007-73.2009.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 21/05/2013, registro em 24/05/2013; TJRS – Apelação Cível 70050159672, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, publ. 08/08/2012; e TJRJ – Apelação Cível 0028710-71.2009.8.19.0208, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Heleno Ribeiro P. Nunes, j. 30/04/2013.

⁶¹ REALE, Miguel, ob. cit., p. 272, preleciona: "A *Justiça* que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica. Essa compreensão histórico-social da *Justiça* leva-nos a identificá-la com o *bem comum*, dando, porém, a este termo sentido diverso do que lhe conferem os que atentam mais para os elementos de 'estrutura', de forma abstrata e estática, sem reconhecerem que o *bem comum* só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valores e de interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica".

⁶² CORTINA, Adele, ob. cit., p. 46.

Com efeito, seria mera imaginação a busca de uma felicidade centrada na ideia de virtuosidade, tamanha seria a dificuldade de se asseverar que uma pessoa virtuosa seria necessariamente feliz, mesmo porque, no plano individual, como vimos, qualquer tentativa de demonstrar a noção de felicidade, posto que tentada por milênios por filósofos, seria ineficaz, tamanha a diversidade de aspirações e planos de vida individuais. No entanto, no plano social, nada obsta a construção de um princípio embasado em normas constitucionais e infraconstitucionais, que representa um anseio coletivo, um caminho a ser percorrido, uma meta, uma tentativa de se possibilitar, a cada dia, mais vidas dignas e, como consectário, mais felizes, principalmente se atendidas as reais funções do Direito, isto é, as ordens de paz, liberdade, segurança social e solidariedade⁶³.

6. CONCLUSÃO

Há cristalina relação entre o Direito e a Justiça, visto que esta representa o propósito de todo o ordenamento jurídico. A felicidade, por sua vez, no plano coletivo, significa, ao abrigo dos artigos 1º, III, 3º, I, 5º, *caput*, XXXV (“não se excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”)⁶⁴ e 6º da Constituição Federal; art. 5º da LINDB, bem como, entre outros, os artigos 12, 186, 187, 927, 421 e 422 do Código Civil, a preservação de uma vida digna, com proteção, associada aos direitos sociais, à ideia de solidariedade, além de um comportamento honesto, correto, em que danos devem ser evitados e devidamente reparados, visando ao bem comum.

A busca pela felicidade possui também uma clara relação com as funções do direito, desde que estas sejam observadas: as ordens de paz, de liberdade, de igualdade, de solidariedade e de segurança social. Se individualmente a noção de felicidade é impraticável, no âmbito coletivo essa aspiração tem um vínculo direto com a ideia de não lesar a outrem, de não se prejudicar mutuamente, consagrado no princípio *neminem laedere*, base da responsabilidade civil.

⁶³ HORN, Norbert, ob. cit., p. 61 e s.

⁶⁴ Embora esse dispositivo tenha aplicação ao acesso à Justiça, serve de fundamento para a responsabilidade civil no plano constitucional, pois refere-se também à prevenção e reparação de danos (DONNINI, Rogério, ob. cit., p. 46).

BIBLIOGRAFIA

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, trad. Aldo Vannuchi e outros, São Paulo: Loyola, 2005.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*, trad. Roberto Raposo, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, I, 4.1905 a 14-22, trad. Pietro Nassetti, São Paulo: Martin Claret, 2002.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, in *Os grandes filósofos do direito*, Clarence Morris (org.), trad. Reinaldo Guarany, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da Língua Portuguesa*, 9º volume, Santos: Editora Brasília Limitada, 1974.

CÂMARA, Giselle Marques. *Maat: o princípio ordenador do cosmo egípcio – Uma reflexão sobre os princípios encerrados pela deusa no Reino Antigo (2686 – 2181 a.C.) e no Reino Médio (2055 – 1650 a.C.)*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Niterói, 2011.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. *A civilização capitalista*, São Paulo: Saraiva, 2013.

CORTINA, Adele. *Ética mínima*, tradução de Marcos Marcionilo, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CRUZ, Sebastião. *Ius. Drectum (Directum)*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1971.

DOBERSTEIN, Arnoldo W. *O Egito antigo*, Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010.

DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Boa-fé e Probidade. Enciclopédica Jurídica da PUCSP -*
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/597/edicao-3/boa-fe-e-probidade>

EPICURO. *Máximas principais*, texto, tradução, introdução e notas de João Quartim de Moraes, São Paulo: Loyola, 2010.

FARAGO, France. *A justiça*, trad. Maria José Pontieri, Barueri: Manole, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito - Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, São Paulo: Editora Atlas, 3ª ed., 2009.

_____. *Introdução ao ensino do Direito, técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Editora Atlas, 1993.

GIANNETTI, Eduardo. *Felicidade*, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª ed., 2008.

GOETHE, Johann Wolfgang von. *Viagem à Itália*, trad. Sérgio Tellaroli, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

HORN, Norbert, *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*, tradução de Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HOTTOIS, Gilbert. *Do Renascimento à pós-modernidade – Uma história da Filosofia Moderna e Contemporânea*, trad. Ivo Storniolo, Aparecida: Ideias & Letras, 2008.

INWOOD, Brad. *Os estoicos*, tradução de Paulo Fernando Tadeu Ferreira e Raul Fiker, São Paulo: Odysseus, 2006.

ISRAEL, Jean Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*, trad. de Carlos Souza, Barueri - São Paulo: Editora Manole, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, Rio de Janeiro: Publicações Brasil Editora, 1997.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, trad. Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans Kelsen. *O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado – Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*, trad. de Urbano Carvelli, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

LACERDA, Bruno Amaro. *A dignidade humana em Giovanni Pico della Mirandola*, in Revista *Legis Augustus* (Revista Jurídica), Unisum Publicações, vol. 3, setembro/2010, n. 1.

MATTHEWS, Gareth B. *Santo Agostinho*, trad. Álvaro Cabral, Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2001.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem (Oratio de Hominis Dignitate)*, trad. de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, Lisboa: Edições 70, LDA, 2010.

MONTAIGNE, Michel de. *Os Ensaios*, livro I, 20, p. 81 e s., trad. Rosemary Costhek Abílio, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito*, in *Fundamentos de História do Direito*. Organizador: Antonio Carlos Wolker, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 3ª ed., 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, tradução de Jussara Simões, 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

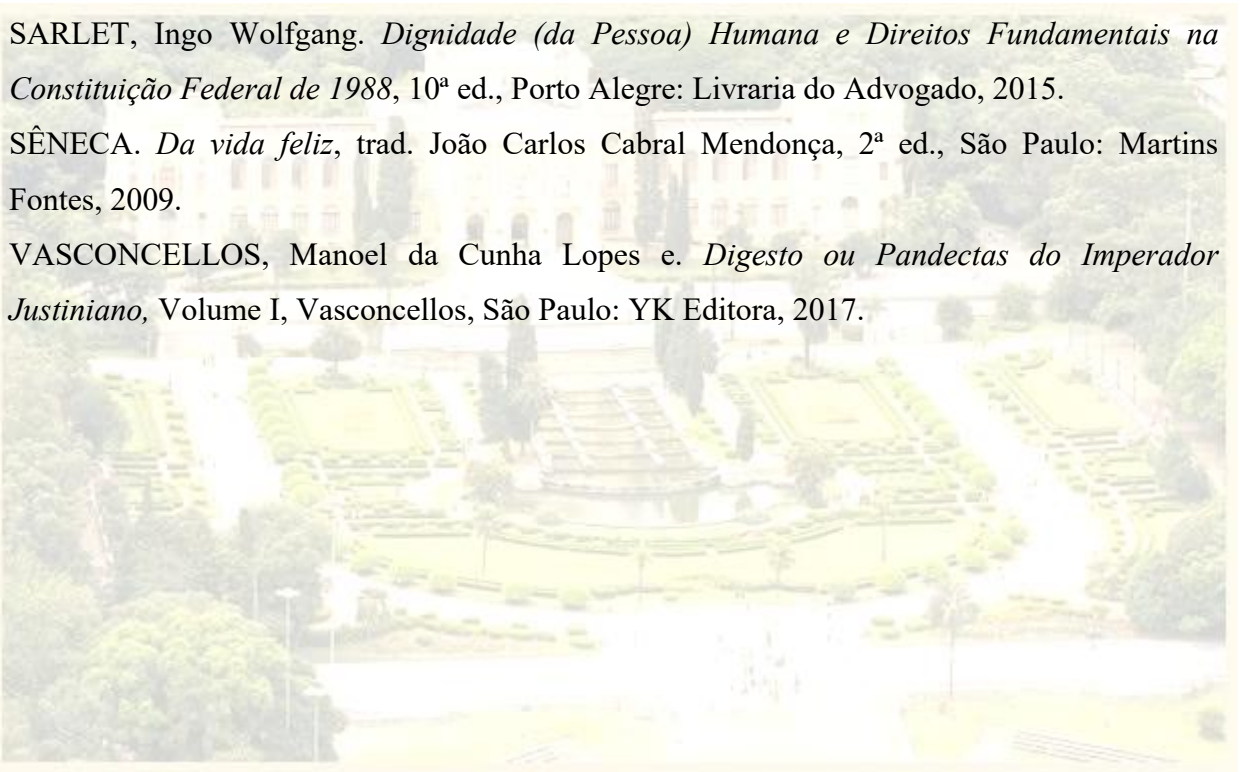
REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões, Livro X*, trad. J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco e Petrópolis: Vozes, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SÊNECA. *Da vida feliz*, trad. João Carlos Cabral Mendonça, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes e. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, Volume I, Vasconcellos, São Paulo: YK Editora, 2017.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

OS SISTEMAS DE GOVERNO NA ATUALIDADE: UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA E DE CIÊNCIA POLÍTICA LUSO-BRASILEIRA

PRESENT-DAY GOVERNMENT SYSTEMS: A LUSO-BRAZILIAN CONSTITUTIONALIST AND OF POLITICAL SCIENCE PERSPECTIVE

Paulo Roberto Meyer Pinheiro¹

Patrícia Pinto Alves²

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7150-0737>

Submissão: 21/05/2025

Aprovação: 14/06/2025

RESUMO:

Atualmente, o mundo padece de enormes nuances no que respeita aos variados Sistemas de Governo adotados nos diversos Estados-Nações que se desdobram entre o Presidencialismo, o Semipresidencialismo e o Parlamentarismo. Neste texto propomo-nos a abordar especificamente os Sistemas de Governo atualmente em vigor quer em Portugal quer no Brasil, assim como as eventuais vantagens e desvantagens da adoção dos mesmos nestes dois Estados-Nações, respetivamente, tendo em consideração que consideramos que nenhum Sistema de Governo é totalmente infalível nos tempos atuais em que vivemos. Relativamente à metodologia adotada, a mesma basear-se-á em estudos científicos doutrinários, de revistas e de jornais, de informações *online* fidedignas, assim como em diplomas legislativos, e em casos de Direito Comparado.

¹ Assessor e Coordenador de Pós-Graduação, Docente da Universidade de Fortaleza. Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. *E-mail:* paulomeyer@unifor.br - **Ark:/80372/2596/v16/005**

² Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), da Academia Paulista de Direito, vinculado à Cadeira San Tiago Dantas. Professora Adjunta Convidada no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra - ISCAC. Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *E-mail:* patriciapintoalves26@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v16/005**

PALAVRAS-CHAVE: Ciência Política. Direito Constitucional. Democracia. Estados-Nações. Sistemas de Governo.

ABSTRACT:

The world is currently experiencing enormous differences in the various Systems of Government adopted in the various Nation States, which range from presidentialism, semi-presidentialism and parliamentarism. In this text, we propose to specifically address the Systems of Government currently in force in both Portugal and Brazil, as well as the potential advantages and disadvantages of adopting them in these two Nation States, respectively, taking into account that we believe that no System is completely infallible in the current times in which we live. Regarding the methodology adopted, it will be based on scientific doctrinal studies, magazines and newspapers, reliable online information, as well as legislative diplomas, and in Comparative Law cases.

KEYWORDS: Political Science. Constitutional Law. Democracy. Nation States. Systems of Government.

SUMÁRIO. 1. Nota Prévia. 2. Os Sistemas de Governo em Portugal e no Brasil: uma perspectiva constitucionalista e de ciência política (atuais). 3. Breve Análise Acerca dos Sistemas de Governo no Mundo. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia.

SUMMARY: 1. Previous Note. 2. Government Systems in Portugal and Brazil: a Current Constitutionalist and Political Science Perspective. 3. Brief Analysis of Government Systems in the World. 4. Final Considerations. 5. Bibliography.

1. NOTA PRÉVIA

Atrevemo-nos a proclamar que Maurice Duverger é o criador do sistema de Governo Semipresidencial no mundo!

Atualmente, consideramos que os sistemas de Governo assumem especial relevo, dado que com o fenômeno progressivo da globalização e com a existência de

diferentes Constituições nos variados Estados-Nações, urge a necessidade de haver uma delimitação correta dos Sistemas de Governo existentes em cada Estado-Nação, em respeito, também, pelos valores da ciência política.

Desta feita, é notória, desde logo, a situação de que ao passo que em Portugal Continental o sistema de Governo em vigor é o do Semipresidencialismo, no Brasil o Sistema de Governo em vigor é o do Presidencialismo.

Porém, Portugal sendo um Estado Unitário, também contempla os arquipélagos dos Açores e da Madeira, e em relação a estes arquipélagos verifica-se, de acordo com doutrina existente a respeito, acolhendo-a neste nosso estudo, que os sistemas de Governo lá vigentes são díspares do sistema de Governo vigente em Portugal Continental na atualidade.

Todavia, Estados-Nações há no mundo em que o sistema de Governo adotado é o do Parlamentarismo, constituindo atualmente casos paradigmáticos o de Espanha, e o do Reino Unido, sendo que no Reino Unido não existe Constituição escrita.

Pois bem! Como não poderia deixar de ser, os sistemas de Governo atualmente em vigor quer em Portugal quer no Brasil, nutrem-se de eventuais vantagens e são objeto de eventuais desvantagens na adoção dos mesmos, sendo relevante evidenciar que consideramos que não existe um sistema de Governo totalmente infalível nos tempos atuais em que vivemos. Mas, defendemos que o princípio da proibição do retrocesso social deve prevalecer, inclusivamente neste quesito concernente aos sistemas de Governo, até porque julgamos que nenhum retrocesso é favorável para o progresso civilizacional, mas ao invés o retrocesso social coopera para a estagnação civilizacional.

Cumprе acrescentar, neste ensejo, que a escolha e consolidação de um sistema de Governo não se esgotam na opção por um modelo constitucionalmente delineado, devendo antes ser fruto de uma reflexão profunda que leve em conta os fatores históricos, culturais e socioeconômicos que permeiam cada Estado-Nação. Com efeito, a legitimidade e a efetividade de um regime de governo estão intrinsecamente ligadas à sua aptidão para dialogar com as peculiaridades da sociedade que o adota, promovendo a estabilidade das instituições e assegurando a governabilidade democrática. Mais do que a simples transposição de modelos estrangeiros, impõe-se a necessidade de uma adequação principiológica que harmonize os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico com as demandas contemporâneas, respeitando a soberania popular e os direitos fundamentais consagrados. Dessa forma, a maleabilidade institucional, conjugada com o respeito aos postulados do Estado Democrático de Direito e com a observância do princípio da vedação ao retrocesso

social, revela-se essencial para o fortalecimento do constitucionalismo e para a preservação do ideal de justiça material nas sociedades modernas.

2. OS SISTEMAS DE GOVERNO EM PORTUGAL E NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA E DE CIÊNCIA POLÍTICA (ATUAIS)

Nos ditames de Marcelo Rebelo de Sousa, o sistema de Governo trata-se da forma como se estruturam os órgãos do poder soberano estadual, incluindo o elenco desses órgãos, a designação dos seus titulares, as suas competências e atribuições, a sua maneira de funcionamento, e muito especificamente a sua inter-relação, sendo de explanar que o Governo não pode deixar de admitir um conteúdo estritamente relacionado com o do regime político em vigor (REBELO DE SOUSA, 1977).

Neste seguimento, cumpre especificar e entrelaçar que para Jorge Miranda, sem deixar de parte a importância da forma de Estado e da forma do sistema de Governo, o fundamental de uma Constituição material, subjacente à Constituição formal, baseia-se num conjunto de valores ou princípios em que firmam, desde logo, o seu articulado e, posteriormente, todo o ordenamento jurídico (MIRANDA, 2017).

O Semipresidencialismo, nos seus aspetos positivos, deve um enorme agradecimento a Maurice Duverger³.

De acordo com Maurice Duverger: «*Semi-presidential constitutions lay down a governmental dyarchy. By establishing a president put into office by universal suffrage and endowed with personal powers alongside a prime minister and a government resting on parliament and charged with executive power, such constitutions introduce dualism into the heart of the State. This dualism, however, remains purely apparent in four cases out of seven, as the president is confined to symbolic functions in Iceland, Ireland and Austria, while the prime minister in*

³ A anotação é nossa.

France is reduced to the role of chief of staff. In contrast, dualism operates or has operated in a real sense in Finland, Portugal and the Weimar Republic (DUVERGER, 1998, p. 173)».

Em Portugal Continental, o sistema de Governo atual é o sistema de Governo Semipresidencialista, porque existe a figura do Presidente da República (que exerce um poder moderador) e existe a figura do Governo (que exerce um poder legislativo e um poder executivo), existindo, também a Assembleia da República (também designada por Parlamento) [cujas/os deputadas/os são atualmente eleitas/os por sufrágio direto e universal pelas/os cidadãs/ãos com capacidade eleitoral em Portugal⁴ e que tem competência para legislar sobre todas as matérias, logo, exerce um poder legislativo, o que da nossa parte entendemos que o poder legislativo exercido pela Assembleia da República em Portugal é um autêntico poder legislativo em sentido amplo⁵].

Em Portugal, o sistema de Governo de 1976 foi moldado com a preocupação maior de evitar os vícios inversos do parlamentarismo de assembleia da Constituição de 1911 e da concentração de poder da Constituição Portuguesa de 1933, e tendo como pano de fundo, precisamente, a situação institucional pós-revolucionária (MIRANDA, 2007).

A Constituição da República Portuguesa em vigor (doravante designada por CRP), logo no seu artigo 1.º evidencia-nos que Portugal é um Estado-Nação Republicano⁶.

Por sua vez, o artigo 6.º da CRP em vigor revela-nos que Portugal é um «Estado unitário» e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular assim como os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública Portuguesa, sendo que os arquipélagos dos Açores e da Madeira formam regiões autónomas dotadas de Estatutos político-administrativos e de órgãos governamentais próprios, sendo de relatar que em relação

4 Acerca dos sistemas de Governo e dos (eventuais) problemas gerados pelo semipresidencialismo, *vd.*, entre outros, Patrícia PINTO ALVES. **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. Editora: Quid Juris, setembro de 2022, pp. 267-278 e pp. 275-276, e elenco bibliográfico lá citado.

5 Esta é a nossa posição.

6 *Vd.*, para mais desenvolvimentos, o teor do artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa em vigor, cuja epígrafe é a de «República Portuguesa», sendo pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 29.03.2025).

às regiões autónomas o sistema de Governo lá aplicável não é o mesmo aplicável em Portugal Continental⁷.

Contudo, e por cautela, é de explicitar que, como nos expõe Suzana Tavares da Silva, a forma de Estado consiste no modo como o poder soberano se relaciona com poderes de natureza idêntica, que não se deve confundir com a forma de Governo ou o regime político, o qual designa a maneira como a comunidade política Estadual organiza a relação entre quem governa e precisamente quem é governado (TAVARES DA SILVA, 2016).

Logo no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa em vigor, o legislador português reserva a epígrafe de «Estado de Direito Democrático» para este preceito jurídico-constitucional atribuindo a este mesmo preceito jurídico-constitucional a seguinte redação: «A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa». Neste seguimento, o legislador constitucional português, neste artigo 2.º da CRP em vigor, em parte alguma se refere diretamente ao facto de que atualmente em Portugal vigora o sistema de Governo Semipresidencialista, contudo, entendemos da nossa parte que indiretamente este preceito constitucional em conjugação com o artigo 120.º e seguintes da CRP em vigor (em relação à figura da/o Presidente da República em Portugal), com o artigo 147.º e seguintes da CRP em vigor (relativamente à Assembleia da República Portuguesa), com o artigo 182.º e seguintes da CRP em vigor (quanto ao Governo de Portugal), e, em relação aos arquipélagos dos Açores e da Madeira com o artigo 225.º e seguintes da CRP em vigor, aflora a existência, embora que de modo indireto, do Sistema de Governo Semipresidencialista em Portugal Continental^{8 e 9}.

Parafraseando José Joaquim Gomes Canotilho: «O modelo de separação e interdependência consagrado na CRP caracteriza-se também pela existência de alguns elementos gerados ainda no *regime parlamentar dualista monárquico* e, posteriormente,

7 Neste sentido, *vd.*, o disposto nos n.ºs 1 e 2, do artigo 6.º da CRP em vigor, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 29.03.2025).

8 Esta é a nossa posição.

9 *Vd.*, para um melhor entendimento, o disposto nos artigos 2.º, 120.º e seguintes, 147.º e seguintes, 182.º e seguintes e 225.º e seguintes, todos da CRP em vigor, pesquisáveis em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=4&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo= / https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=4&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo= / https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=4&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo= (acesso em: 29.03.2025).

retomados nos esquemas do parlamentarismo racionalizado¹⁰ (GOMES CANOTILHO, 2021, p. 601)».

Note-se, todavia, que ao passo que a Ciência Política se dedica ao estudo de “como é”, o Direito Constitucional refere “como deve ser”, logo, pode afirmar-se que a Ciência Política assume um papel de complementaridade em relação ao Direito Constitucional, uma vez que permite investigar aspetos que a simples consideração das normas jurídicas, não possibilitaria antever e subsidiária, na medida em que auxilia a/o jurista a perceber melhor as normas jurídicas¹¹ (MAGALHÃES SILVA; RESENDE ALVES, 2000, p. 16).

O sistema de Governo democrático é aquele que consiste no facto de que o poder político cabe originariamente a toda a coletividade, ao povo, sendo a sua tipologia mais complexa. O sistema de Governo democrático, relativamente ao desempenho do poder político e aos respetivos órgãos, pode ser direto, semidirecto e representativo, podendo estes ainda compreender subtipos, mais especificamente os sistemas de Governo democrático representativo que se subdivide em sistemas de Governo democráticos representativos de concentração de poderes e em sistemas de Governo democrático representativo de separação de poderes (havendo neste último os sistemas de Governo democrático representativos de separação de poderes parlamentares, presidenciais e semipresidenciais)¹² (MAGALHÃES SILVA; RESENDE ALVES, 2000).

Todavia, Vital Moreira faz uma comparação louvável entre as relações existentes entre Sistemas de Governo e também de modo de eleição da/o Presidente da República, as quais passa-se a explanar de seguida (MOREIRA, 2021). Vital Moreira, ao analisar a evolução do modelo constitucional português, destaca que o modo de eleição do Presidente da República está diretamente relacionado com a configuração do sistema de governo adotado em cada período histórico. De acordo com o autor, a eleição direta do Chefe

10 Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Edição, 22.^a Reimpressão, Almedina, 2018, Reimpressão de 2021, p. 601. Os itálicos utilizados no corpo do texto encontram-se assim utilizados na p. 601, desta obra aqui citada da autoria de José Joaquim Gomes Canotilho, aos quais nos mantemos fiéis.

11 Cfr. Maria Manuela MAGALHÃES SILVA / Dora RESENDE ALVES, **Noções de Direito Constitucional e Ciência Política**. Editora: Rei dos Livros, 2000, p. 274, cuja versão atual desta obra da autoria destas mesmas autoras, encontra-se na 4.^a edição, datada de março de 2021. As expressões entre aspas altas mencionadas no corpo do texto, estão assim referidas, na p. 16, desta obra aqui citada da autoria de Maria Manuela Magalhães Silva e de Dora Resende Alves, às quais nos mantemos fiéis.

12 Neste sentido, *vd.*, Maria Manuela MAGALHÃES SILVA / Dora RESENDE ALVES, **Noções de Direito Constitucional e Ciência Política**. Editora: Rei dos Livros, 2000, p. 274, cuja versão atual desta obra da autoria destas mesmas autoras, encontra-se na 4.^a edição, datada de março de 2021. Este teor textual já assim foi mencionado e citado em: Patrícia PINTO ALVES, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. Editora: Quid Juris, setembro de 2022, p. 269 e nota 622.

de Estado, ainda que tradicionalmente associada aos regimes presidencialistas, tem sido amplamente utilizada também em sistemas de governo semipresidenciais e até parlamentares, como forma de conferir legitimidade política reforçada à figura do Presidente, garantindo-lhe uma margem de atuação que ultrapassa a mera representação simbólica. Essa legitimação democrática direta não apenas fortalece a posição do Presidente no equilíbrio institucional, mas também repercute na própria dinâmica do exercício do poder executivo e na sua articulação com o parlamento e com o governo, oferecendo ao sistema de governo maior plasticidade e capacidade de resposta às exigências políticas contemporâneas (MOREIRA, 2021).

Não obstante, Moreira salienta que essa associação entre sistema de governo e forma de eleição presidencial não deve ser concebida de maneira estanque, pois, como demonstra a experiência portuguesa, coexistem modalidades híbridas em que o Presidente, mesmo eleito diretamente, partilha a titularidade do poder executivo com o Governo, mantendo uma relação de corresponsabilidade perante o Parlamento. Tal característica é emblemática do modelo semipresidencialista, no qual a eleição direta do Presidente da República confere-lhe um estatuto de elevada visibilidade e autoridade política, sem que isso necessariamente implique uma concentração de poderes típica do presidencialismo clássico. Dessa forma, a reflexão de Vital Moreira contribui para a compreensão de que a eleição direta do Chefe de Estado não define por si só a natureza do sistema de governo, mas antes integra um conjunto de fatores que, combinados, delineiam a arquitetura institucional de cada Estado, em conformidade com as suas peculiaridades históricas e constitucionais (MOREIRA, 2021).

Para Marcelo Rebelo de Sousa, o caráter específico do sistema de Governo Semipresidencial reside na busca de uma solução eclética entre as fórmulas extremas do Presidencialismo à norte-americana e do clássico Parlamentarismo Europeu, na tentativa de conciliação da autoridade do Executivo baseada na confiança do Chefe do Estado com a expressão do pluralismo político-partidário mediante o controlo parlamentar (REBELO DE SOUSA, 1977).

De acordo com os ensinamentos de Jorge Miranda, o conceito de regime é, fundamentalmente, um conceito ligado ao conceito de Constituição: “regime político é a expressão política da Constituição material”, sendo que a cada Constituição material corresponde determinado regime político, uma concepção das finalidades e dos meios do poder e da comunidade (MIRANDA, 1996). O regime político não se esgota na mera organização do poder político, prendendo-se também, e muito, com os direitos fundamentais e

com a organização econômica e social, sendo, todavia de evidenciar que, por seu turno, “o sistema político atende muito mais à efetividade do que à normatividade”, abrangendo não apenas os órgãos e instituições formais ou constitucionais mas também as restantes instituições e corporações políticas ou sociais politicamente relevantes, as forças políticas (partidos) e econômico-sociais (associações patronais, sindicatos), a ideologia dominante e, ainda, o enquadramento exterior do Estado (MIRANDA, 1996).

Um aspecto deveras relevante é aquele que respeita ao facto de que no “regime misto parlamentar-presidencial¹³ (GOMES CANOTILHO, 2021, p. 598)”, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho a “dupla responsabilidade governamental” implica que, embora pertença à figura do Presidente da República portuguesa escolher o Primeiro-Ministro de Portugal, o Presidente da República portuguesa aquando da tomada de tal decisão tem de ter em consideração os “resultados eleitorais”, em respeito pelo disposto no artigo 187.º da CRP em vigor, fórmula esta indicadora da necessidade de a/o Primeira-Ministra/Primeiro-Ministro de Portugal dever ser instituída/o em conformidade com o partido político ou partidos políticos com capacidade de obtenção de confiança, de modo positivo ou negativo, no Parlamento português¹⁴ (GOMES CANOTILHO, 2021). Note-se que ao abrigo do disposto no n.º 2, do artigo 187.º da CRP em vigor, os demais membros do Governo de Portugal são designados pela/o Presidente da República, mediante proposta do Primeiro-Ministro de Portugal¹⁵ (ARTIGO 187.º, N.º 2 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA EM VIGOR).

Torna-se relevante fazermos um apontamento na medida em que as revisões constitucionais tiveram um papel preponderante no sistema de Governo em Portugal, porque as revisões constitucionais ocorridas em 1989 e em 1997 aumentaram, de certa maneira, os poderes do Presidente da República, devido às leis orgânicas (relativamente às quais o veto político apenas pode ser ultrapassado por maioria de dois terços) e devido aos referendos nacionais e regionais (dependentes de convocação pelo Presidente da República) (MIRANDA, 2007). Incumbe ainda registar os seguintes dados de facto: a) apesar de os

13 Esta expressão encontra-se assim utilizada nesta terminologia e entre aspas altas por José Joaquim GOMES CANOTILHO, na sua obra intitulada **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª Edição, 22.ª Reimpressão, Almedina, 2018, Reimpressão de 2021, p. 598.

14 Cfr., e para maiores desenvolvimentos, José Joaquim GOMES CANOTILHO, na sua obra intitulada **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª Edição, 22.ª Reimpressão, Almedina, 2018, Reimpressão de 2021, p. 604. A expressão a negrito e a expressão em aspas altas utilizadas no corpo do texto encontram-se assim mencionadas por José Joaquim GOMES CANOTILHO, na p. 604 desta sua obra aqui citada, às quais nos mantemos fiéis.

15 O disposto no n.º 2, do artigo 187.º da Constituição da República Portuguesa em vigor é pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0187&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 05.04.2025).

partidos políticos não terem o poder jurídico de apresentação de candidaturas, os mesmos sempre têm interferido, e em grau crescente, na eleição presidencial; b) nenhum partido político só por si conseguiu fazer eleger um Presidente da República, o que, para além do apoio de outro ou outros partidos político(s), tem realçado a participação individual de cidadãos e permitido ao Presidente da República, uma vez eleito, agir livre de compromissos partidários; c) tem havido extrema variabilidade e sucessíveis mudanças nos apoios partidários; d) as maiorias presidenciais nunca coincidiram com a situação parlamentar – ou por serem mais largas que as bases parlamentares dos Governos (entre as datas de 1976 e 1979 e entre as datas de 1991 e 2002), ou, por se observar oposição ou conflito entre o Presidente da República e as bases parlamentares do Governo de Portugal (entre as datas de 1979 e entre as datas de 1985) ou, simplesmente, por se constatar distinção das maiorias (entre as datas de 1986 e 1991 e após o ano de 2002); e) Em síntese, tem-se conseguido realizar o intuito dos constituintes de não simultaneidade não só cronológica mas também política entre a eleição presidencial e a parlamentar, em Portugal (MIRANDA, 2007).

Relativamente aos arquipélagos dos Açores e da Madeira, estas dispõem, ao abrigo do disposto no n.º 1, do artigo 225.º da CRP em vigor de “*regime político-administrativo próprio*”, sendo dotados com “*órgãos de governo próprio*”, nos moldes do disposto no artigo 231.º da CRP em vigor (GOMES CANOTILHO, 2021, p. 612). No entanto, a figura constitucional da denominada “forma de governo autonómica” é pouco transparente, pois como defende José Joaquim Gomes Canotilho é seguro que não é uma forma de Governo mista parlamentar-presidencial ou semipresidencial como sucede com o Governo da República portuguesa, dado que todos os elementos constitucionalmente relevantes quanto aos Açores e à Madeira indicam para uma forma de Governo de natureza parlamentar, visto que, e, ainda de acordo com o defendido por José Joaquim Gomes Canotilho, em abono da verdade, o Governo Regional depende unicamente do Parlamento Regional, “não sendo politicamente responsável nem dependendo da confiança política de qualquer outro órgão”, isto é, do Presidente da República portuguesa ou do Ministro da República (GOMES CANOTILHO, 2021, p. 612). Neste seguimento, o Ministro da República apenas procede à nomeação do Presidente do Governo Regional, tendo em consideração os resultados eleitorais para o Parlamento Regional (dos Açores ou da Madeira), não se tratando de um «*parlamentarismo de assembleia*», dado que o que afasta a caracterização do

«parlamentarismo de assembleia» é o esquema sistémico de estabilidade consagrado nos Estatutos ¹⁶ (GOMES CANOTILHO, 2021).

Por conseguinte, já estamos em condições de considerarmos, no caso de Portugal, a relação entre o Direito Constitucional e a Ciência Política, que embora no nosso entendimento se interligam, a verdade é a de que, pelo menos no caso de Portugal, a Constituição da República Portuguesa em vigor em lado algum se refere diretamente a tal relação ⁽¹⁷⁾. Assim sendo, o Direito Constitucional é considerado o “Direito da Constituição”, podendo “(...) esta ser definida com o estatuto jurídico do político”, isto é, vai precisamente proceder à normativização dos fenómenos políticos, havendo neste prisma “(...) um âmbito de sobreposição entre a Ciência Política e o Direito Constitucional”, dado que ambos se dedicam aos fenómenos de cariz político (MAGALHÃES SILVA; RESENDE ALVES, 2000, p. 16). Urge assim, sublinharmos aqui a relevância da distinção entre Ciência Política e Direito Constitucional no ordenamento jurídico português, sendo que adotando as lições de Maria Manuela Magalhães Silva e de Dora Resende Alves, facilmente compreendemos que ao passo que a Ciência Política tem uma natureza descritiva e tem por objecto a realidade dos factos, o Direito Constitucional, em Portugal, é constituído por normas jurídicas, tem por objecto uma realidade de cariz normativo (MAGALHÃES SILVA; RESENDE ALVES, 2000).

A partir desse ponto, busca-se desenvolver uma análise aprofundada acerca do funcionamento do sistema político brasileiro na contemporaneidade. Parte dessa análise revisita o debate em torno da capacidade de governabilidade proporcionada pelas instituições democráticas do Brasil, destacando posições antagônicas que, por um lado, caracterizam a nossa democracia como quase ingovernável e, por outro, como excessivamente decisionista. No entanto, o panorama revela-se significativamente mais complexo. O avanço das pesquisas sobre o desempenho das instituições políticas brasileiras, têm proporcionado interpretações mais refinadas e, por conseguinte, menos reducionistas. Em síntese, pode-se afirmar que nosso sistema político - entendido como o conjunto das instituições de governo - resulta de uma interação entre mecanismos que, de um lado, buscam facilitar a tomada de decisões e, de outro, visam exercer controle sobre essas mesmas decisões (COUTO, 2019, p. 07).

No cenário comparativo entre sistemas de governo, o Brasil adota, inquestionavelmente, o presidencialismo. Trata-se de um modelo em que as funções de chefe

16 Cfr., e para maiores desenvolvimentos, José Joaquim GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Edição, 22.^a Reimpressão, Almedina, 2018, Reimpressão de 2021, p. 612. A expressão utilizada no corpo do texto em itálico encontra-se assim mencionada por José Joaquim Gomes Canotilho, na p. 612 desta sua obra aqui citada, à qual nos mantemos fiéis.

17 Esta é a nossa posição.

de Estado e chefe de Governo se concentram em uma única autoridade: o Presidente da República. Este é eleito diretamente pelo povo para um mandato determinado, com possibilidade de reeleição, conforme prevê a Constituição Federal. Uma vez empossado, o presidente exerce suas atribuições de maneira autônoma, sem a necessidade de respaldo contínuo do Parlamento para a sua permanência no cargo. Sua destituição, por sua vez, somente se dá por meio do rigoroso processo de impeachment, jamais por mera discordância política com a maioria legislativa. Além do Brasil, países como os Estados Unidos, a Argentina e o Uruguai também adotam este modelo, que prioriza a separação clara entre os Poderes e a estabilidade do mandato presidencial (UNIVERSIDADE DO ESPÍRITO SANTO, *online*).

Em contrapartida, o semipresidencialismo, adotado por nações como Portugal, França e Taiwan, mescla características dos sistemas presidencialista e parlamentarista. Nesse arranjo, convivem no Executivo duas figuras centrais: de um lado, o presidente da República, eleito diretamente pelos cidadãos e investido de mandato fixo, com competências que podem variar de eminentemente simbólicas a substancialmente ativas, conforme o desenho constitucional de cada país; de outro, o Primeiro-Ministro, cuja nomeação depende do apoio parlamentar, e que assume a chefia efetiva do Governo, conduzindo as políticas públicas cotidianas em sintonia com a maioria legislativa (UNIVERSIDADE DO ESPÍRITO SANTO, *online*). Diferentemente do presidencialismo brasileiro, no semipresidencialismo o equilíbrio entre Executivo e Legislativo se constrói de maneira mais dinâmica e compartilhada, permitindo maior flexibilidade política, inclusive na substituição do primeiro-ministro, caso este perca a confiança do Parlamento (ELGIE, 1999).

No caso específico de Portugal, observa-se um modelo semipresidencialista que valoriza sobremaneira a colaboração entre as instituições. O Presidente da República português possui relevantes poderes constitucionais, como a nomeação do Primeiro-Ministro e a possibilidade de dissolver a Assembleia da República portuguesa, mas é o Primeiro-Ministro quem efetivamente constitui e lidera o Governo de Portugal e responde politicamente perante o Parlamento, ou seja, perante a Assembleia da República portuguesa. Tal arranjo busca conciliar a estabilidade do mandato presidencial com a fluidez política do parlamentarismo, oferecendo ao sistema maior capacidade de adaptação diante de crises políticas — algo que o presidencialismo brasileiro, pela rigidez de seus mecanismos, não alcança com a mesma facilidade (MÜLLER; BERGMAN; STRØM, 2006).

Atualmente, o Brasil configura-se oficialmente como uma República presidencialista. Contudo, nem sempre foi dessa maneira. No período de 1847 a 1889, durante a vigência da monarquia, o país experienciou um “parlamentarismo sem povo” - expressão que traduzia a mera alternância no poder entre liberais e conservadores ao longo do Império. Posteriormente, já no contexto republicano, o Brasil adotou, de forma transitória, o sistema parlamentarista entre os anos de 1961 e 1963, numa tentativa de conter a instabilidade política e social provocada pelo receio, sobretudo entre os militares, em relação às inclinações de esquerda do então presidente João Goulart, que havia assumido o posto após a renúncia de Jânio Quadros. Naquele momento, a Emenda Constitucional n.º 04, de 02 de setembro de 1961 (conhecida como Ato Adicional nº 04/1961), foi promulgada, instaurando oficialmente o regime parlamentarista (GUSSOLI; HACHEM, 2023).

O artigo 25.º da mencionada emenda estabelecia a possibilidade de que, por meio de previsão legal, fosse realizado um plebiscito para decidir sobre a continuidade do regime parlamentarista. Este plebiscito acabou sendo antecipado e, no dia 6 de janeiro de 1963, a vontade popular manifestou-se de maneira contundente, onde 82,6% dos votos válidos foram contrários à manutenção do parlamentarismo (GUSSOLI / HACHEM, 2023). Após intensa mobilização publicitária, cerca de 9,5 milhões de eleitores optaram pelo presidencialismo. Em respeito à soberania do voto popular, a Emenda Constitucional nº 06, de 23 de janeiro de 1963, revogou formalmente a EC n.º 04/1961, restabelecendo o presidencialismo no Brasil.

Durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1987, o parlamentarismo não prosperou, muito em razão da resistência do então Presidente da República, de seus Ministros e dos Governadores. O presidencialismo acabou prevalecendo entre os constituintes, sendo acompanhado da aprovação do artigo 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que agendou para o dia 7 de setembro de 1993 a realização de um plebiscito nacional, a fim de decidir entre a permanência do presidencialismo ou a adoção do parlamentarismo. Esse mesmo dispositivo previa-se, ainda, a escolha da forma de governo entre República e Monarquia. Contudo, a Emenda Constitucional nº 02/1992 antecipou a data do plebiscito, que foi realizado em 21 de abril de 1993. Mais uma vez, o presidencialismo saiu vitorioso, quando cerca de 37 milhões de brasileiros manifestaram sua preferência por esse modelo de governo (GUSSOLI; HACHEM, 2023).

Decorridas quase três décadas desde o plebiscito, renova-se o debate sobre as potenciais virtudes do parlamentarismo em comparação com o presidencialismo. Sustenta-se, como principal argumento, que à exceção dos Estados Unidos da América as democracias mais sólidas e estáveis do mundo contemporâneo são, em sua maioria, de matriz parlamentarista, onde o Poder Executivo emana das maiorias parlamentares e delas depende para sua subsistência (LINZ, 1990, p. 51). Em contraste, no presidencialismo, a continuidade do chefe do Executivo repousa na legitimidade que lhe é conferida diretamente pelo sufrágio popular, para o exercício de um mandato com duração previamente definida (BATISTA, 2016, p. 127). No entanto, a peculiar configuração institucional brasileira, dissociada dos modelos clássicos, levou parte expressiva da doutrina a caracterizar o sistema nacional, sobretudo na segunda metade do século XX, como um presidencialismo de coalizão. Embora o presidente possua mandato fixo, sua governabilidade permanece condicionada à construção e manutenção de alianças no Legislativo, que se mostram indispensáveis para evitar a erosão de sua base política e a abertura de processos de impeachment. Não obstante os pontos de convergência com o sistema parlamentar, o presidencialismo de coalizão revela-se estruturalmente instável, tornando o impeachment uma ferramenta suscetível a manipulações, carregada de gravosos custos políticos e sociais (GUSSOLI; HACHEM, 2023).

Na visão de José Afonso da Silva (SILVA, 2005, pp. 109-110), o presidencialismo se caracteriza pela autonomia orgânica e pela harmonia entre os poderes do Estado. A autonomia, segundo o autor, consiste na liberdade para o exercício das funções estatais, bem como na investidura e na permanência dos ocupantes de cargos eletivos, sem que haja interferência direta de outros órgãos ou agentes do poder. Já a harmonia reside na convivência respeitosa entre os titulares dos poderes, assegurando o equilíbrio imprescindível ao funcionamento do sistema de freios e contrapesos. Por outro lado, no parlamentarismo, haveria uma predominância da colaboração entre os poderes, de acordo com a interpretação do autor. Nessa linha, a disposição do art. 2.º da Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio da separação dos poderes, revelar-se-ia mais adequada ao modelo presidencialista do que ao sistema parlamentar.

Ao refletir sobre a adoção da forma republicana de governo, José Afonso da Silva (SILVA, 2005, p. 67) esclarece, com base no art. 34, VII, "a" da Constituição, que "o povo, por meio de votação direta, escolheu de maneira expressiva a República, conferindo-lhe, assim, legitimidade definitiva, uma vez que sua proclamação inicial ocorreu sem a participação popular". O autor acrescenta que os fundamentos que justificam a inclusão da

forma republicana entre as cláusulas pétreas permanecem íntegros na Constituição, a qual apenas suspendeu temporariamente a proteção a essa matéria para permitir que o povo deliberasse a respeito. Como a decisão popular foi pela manutenção da República, esses fundamentos recuperaram plenamente sua força normativa, tornando-se cláusulas imunes à alteração por emenda constitucional (SILVA, 2005, p. 67).

Paulo Bonavides igualmente manifestou-se no sentido de que a adoção do parlamentarismo seria inviável, a menos que fosse convocada uma nova Assembleia Nacional Constituinte. Em sua visão, ainda que se reconhecesse a inconstitucionalidade da antecipação do plebiscito previsto no art. 2.º do ADCT, a opção pelo presidencialismo permaneceria definitiva enquanto perdurasse a ordem constitucional vigente. No entanto, o autor propôs uma solução para enfrentar as crises dentro do próprio sistema presidencialista. Com a preservação do presidencialismo e como forma de mitigar a instabilidade política, defendeu a necessidade de se recorrer, com maior frequência e urgência, aos mecanismos de democracia direta e semidireta previstos no art. 14 da Constituição Federal de 1988. Segundo Bonavides (BONAVIDES, 2002, p. 107), a participação direta da população nas decisões fundamentais, por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular de leis, funcionaria como um instrumento eficaz para conter as crises e refrear a tendência personalista e autoritária do sistema de governo, sem que fosse necessário abandonar o presidencialismo.

Apesar das recorrentes discussões acadêmicas e políticas acerca das alternativas ao presidencialismo brasileiro, especialmente diante das crises de governabilidade que periodicamente assolam o país, é possível afirmar que o semipresidencialismo, embora largamente estudado e praticado em outras democracias consolidadas, ainda não encontrou terreno fértil no Brasil para florescer como opção concreta. A experiência histórica nacional, marcada por episódios traumáticos como a renúncia presidencial de 1961 e as sucessivas crises políticas mais recentes, demonstra que o sistema presidencialista, por mais que revele fragilidades, tem sido o modelo preferencial da cidadania brasileira, reiteradamente legitimado por consultas populares.

Não há, até o presente momento, um movimento político ou social consistente que sinalize de maneira efetiva a migração para um regime semipresidencialista, tampouco há consenso nas elites políticas quanto aos benefícios práticos de sua adoção. Permanece, assim, o presidencialismo como pilar da estrutura institucional brasileira, ainda que permeado por complexos mecanismos de coalizão e sujeito aos riscos inerentes à sua própria rigidez.

3. ANÁLISE ACERCA DOS SISTEMAS DE GOVERNO NO MUNDO

Ao passo que em Portugal Continental vigora, atualmente, de acordo com vários autores o Semipresidencialismo, ou de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho vigora um «regime misto parlamentar-presidencial», sendo que relativamente aos arquipélagos dos Açores e da Madeira concordamos com a tese defendida por José Joaquim Gomes Canotilho, dado que lá vigora, *a priori*, uma forma de Governo de natureza parlamentar pelos motivos melhor explicitados e citados *supra*, no Brasil, atualmente o sistema de Governo adotado e em vigor é o do Presidencialismo.

Mas, uma nota deve ser feita em relação ao caso português, porque nem sempre assim foi. Citando Paula Veiga, na divisão parlamentarismo vs. presidencialismo acabou por ganhar e por vir a ser contemplada, na Constituição Republicana portuguesa de 1911, uma solução parlamentar inspirada na III República francesa (18) (VEIGA, 2011). Porém, distintamente do que ocorreu com a Lei Constitucional francesa de 1875 (a denominada «*Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs*»), que consagrava, no artigo 5.º, a possibilidade de o Presidente da República dissolver a Câmara dos deputados, embora encontrando-se condicionado por um parecer favorável do Senado francês, na versão inicial da Constituição Republicana portuguesa de 1911 o Presidente da República não viria a deter esse poder (19) (VEIGA, 2011).

Porém, Rafael Martínez faz alusão ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo, mencionando que: «*Presidencialismo y parlamentarismo no son arquetipos estáticos. La superación de la dicotomía presidencialismo-parlamentarismo viene ratificada por la inclusión de*

18 Cfr. Paula VEIGA, «O Dilema do Poder Executivo na Constituinte de 1911: Algumas Notas». In **A Assembleia Constituinte e a Constituição de 1911**. Centenário da República, Lisboa, Portugal: Assembleia da República – Divisão de Edições, 2011, pp. 325-335. A informação citada no corpo do texto corresponde a parte desta obra aqui citada, da autoria de Paula Veiga, e cuja informação se encontra disponibilizada *online* no presente *link*: <https://apps.uc.pt/mypage/files/pveiga/1550> (acesso em: 05.04.2025), a qual consultamos, relevando a informação contemplada na p. 8.

19 Cfr., e para maiores desenvolvimentos, Paula VEIGA, «O Dilema do Poder Executivo na Constituinte de 1911: Algumas Notas». In **A Assembleia Constituinte e a Constituição de 1911**. Centenário da República, Lisboa, Portugal: Assembleia da República – Divisão de Edições, 2011, pp. 325-335. A informação citada no corpo do texto corresponde a parte desta obra aqui citada, da autoria de Paula Veiga, e cuja informação se encontra disponibilizada *online* no presente *link*: <https://apps.uc.pt/mypage/files/pveiga/1550> (acesso em: 05.04.2025), a qual consultamos, relevando a informação contemplada na p. 8. Releva ainda o conteúdo apostado nas notas de rodapé n.ºs 30 e 31, presentes na p. 8, deste texto aqui citado da autoria de Paula Veiga, na informação *online* disponibilizada, cuja consulta aconselhamos.

nuevas variables que vienen a relativizar el supuesto inmovilismo de ambos sistemas, e implican que cada presidencialismo y cada parlamentarismo sea peculiar. Así, por ejemplo, el grado de control y presencia de partidos, los mecanismos de participación y representación, y las características de la sociedad en que estén asentados, son elementos que vienen a matizar sensiblemente cada uno de los casos, provocando unidades de análisis no coincidentes plenamente, aunque con elementos de similitud que permiten el estudio comparativo (MARTÍNEZ, 1998, p. 5)».

Aqui chegados, há uma panóplia de países no mundo que adotam, na atualidade, o semipresidencialismo como sistema de Governo aplicável, como a título de exemplos, temos: em África (Angola, Benin, Burkina Faso, Cabo Verde, Gabão, Gana, Madagáscar, Mali, Namíbia, Nigéria e Togo); nas Américas (República Dominicana, Guiana e Haiti); no Centro e Leste Europeu (Bulgária, Croácia, Macedónia, Polónia, Roménia e Eslovénia); na ex-URSS = ex-União Soviética (Arménia, Azerbaijão, Bielorrússia, Geórgia, Cazaquistão, Quirguistão, Lituânia, Moldávia, Rússia, Ucrânia e Uzbequistão); na Europa de Oeste (Áustria, Finlândia, França, Islândia, Irlanda e Portugal) (20) (ELGIE, 1999).

Numa perspetiva comparatística, verifica-se que no continente Europeu, mais especificamente em Espanha, neste país vigora uma democracia parlamentar e uma monarquia constitucional (ESPANHA, *online*), logo podemos concluir da nossa parte que o sistema de Governo em Espanha é híbrido, na medida em que aquele país tem um Parlamento, mas também tem uma monarquia constitucional, embora que atualmente esta última tenha um papel meramente emblemático (ESPANHA, *online*). Em Espanha, na atualidade, o Primeiro-Ministro é considerado o chefe de Governo e o monarca é considerado o Chefe de Estado (ESPANHA, *online*). Em Espanha, na sociedade atual, o órgão executivo é o Conselho de Ministros, que é presidido pelo primeiro-ministro espanhol, mas é de realçar que em pleno

20 Cfr. Robert ELGIE, «The Politics of Semi-Presidentialism». In **ResearchGate**. 22 pp., em especial a p. 14 (Tabela mencionada na Figura 1.1. lá incluída e intitulada «Examples of semi-presidential regimes by region», Article - September 1999, pesquisável em: https://www.researchgate.net/publication/265101267_The_Politics_of_Semi-Presidentialism / DOI: 10.1093/0198293860.003.0001 (acesso em: 05.04.2025). A tradução da língua inglesa para a língua portuguesa é nossa.

Século XXI Espanha é um Estado unitário, formado por dezassete (17) comunidades autónomas, com díspares graus de autonomia (ESPANHA, *online*).

Já relativamente ao Reino Unido, em pleno Século XXI, o Reino Unido (Estado soberano que é constituído pelas Nações de Inglaterra, da Escócia, do País de Gales e da Irlanda do Norte) é uma monarquia parlamentarista, com o Poder Legislativo investido num Governo (na expressão inglesa: *Government*) eleito e o Poder Executivo investido num Conselho de Ministros (na expressão inglesa: *Cabinet*) liderado pela/o Primeira-Ministra/Primeiro-Ministro, cujo poder, em nome do/a Monarca, presta contas ao Parlamento e, mediante este, ao respectivo eleitorado (ESPANHA, *online*). O Reino Unido é governado a partir da sua capital que, atualmente, é Londres, sendo o atual Monarca e Chefe de Estado do Reino Unido o rei Charles III²¹.

Por sua vez, na atualidade, Itália é uma República Parlamentar e a Primeira-Ministra italiana é a Chefe de Governo (ITÁLIA, *online*). O Presidente italiano, que é o Chefe de Estado, procede à nomeação da/o Primeira/o-Ministra/o do país, e, o Parlamento italiano é composto por duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o denominado Senado da República (ITÁLIA, *online*). Atualmente, Itália encontra-se dividida em vinte (20) regiões, sendo de mencionar que destas, cinco têm um estatuto especial de autonomia, que lhes permite adotar legislação acerca de algumas questões de natureza local (ITÁLIA, *online*).

Pegando no caso da Áustria, relativamente ao país Austríaco, atualmente lá vigora uma República Parlamentar ínsita nos princípios da democracia e da separação dos poderes, sendo o mais alto representante do Estado o Presidente da República, cujo mandato tem uma durabilidade de seis (6) anos, sendo ainda de sublinhar que as duas câmaras do Parlamento Austríaco são o Conselho Nacional («*Nationalrat*») e o Conselho Federal («*Bundesrat*»), sendo estas as responsáveis no âmbito da legislação, e, a presidência do Governo federal é praticada pelo Chanceler federal («*Bundeskanzler*»)²² (ÁUSTRIA EM PORTUGAL, *online*).

Por sua vez, no Canadá atualmente vigora uma monarquia constitucional, isto é, o monarca é o Chefe de Estado e o Primeiro-Ministro daquele país é o chefe de Governo,

21 Acerca do biografia do rei Charles III do Reino Unido, *vd*, entre outros, Dilva FRAZÃO, (Biblioteconomista e professora). Charles III, Rei do Reino Unido, Biografia de Charles III. In **e biografia**. informação pesquisável em: https://www.ebiografia.com/principe_charles/ (acesso em: 05.04.2025). O comentário é nosso.

22 Em relação ao caso Austríaco, *vd*, e para maiores desenvolvimentos, ÁUSTRIA. Sistema político. In **Áustria em Portugal**. Informação atualizada em 03 de fevereiro de 2025, informação pesquisável em: <https://www.advantageaustria.org/pt/zentral/business-guide/zahlen-und-fakten/oe-auf-einen-blick/politisches-system/politisches-system.pt.html> (acesso em: 06.04.2025). Os estrangeirismos citados no corpo do texto encontram-se assim mencionados em língua inglesa no texto aqui citado, os quais colocamos em aspas baixas e em itálico no nosso texto.

sendo que o Parlamento Canadano (ou Canadense) tem três integrantes, que trabalham conjuntamente para criar nova legislação, a saber [o Monarca, que é considerado o chefe de Estado e é representado pelo Governador Geral, o Senado que tem cento e cinco (105) membros, sendo constituído pela Câmara Alta que é nomeada e que representa o Canadá por região, e, a Câmara dos Comuns que é eleita e que representa o Canadá por áreas eleitorais em conformidade com o número de habitantes (PARLIAMENT / PARLEMENT CANADA, *online*).

Já nos Estados Unidos da América, atualmente, o sistema de Governo lá vigente é o do Presidencialismo, precisamente pelos motivos que passaremos a delinear, com as suas devidas especificidades. Desta feita, e concordando com o defendido e exposto por Vital Moreira, é de evidenciar que o sistema de Governo Presidencial (em que a/o Presidente é também o Chefe do Governo, não dependendo da confiança do Parlamento) não pressupõe necessariamente a eleição presidencial direta, como ilustra o caso dos Estados Unidos da América, onde o Presidente é eleito por um colégio eleitoral, formado por representantes dos Estados federados, cujos membros inicialmente não eram eleitos pelos cidadãos, sendo nomeados pelas Assembleias eletivas dos Estados, sendo, ainda, de sublinhar que também na América Latina, em pleno Século XIX, houve imensos casos de regimes presidenciais com presidentes não diretamente eleitos ou em que, havendo eleição direta, os presidentes eram, no entanto, nomeados pelo Parlamento, no caso de nenhum candidato ter conseguido a obtenção de maioria absoluta (MOREIRA, 2021).

Porém, em relação às Coreias (do Norte e do Sul), atualmente, ao passo que a Coreia do Norte preserva um Governo autoritário que sustenta um regime isolacionista, que mantém o país Norte Coreano fechado para o estrangeiro, havendo um culto muito forte à personalidade do seu governante, e, tendo uma economia planificada e totalmente controlada pelo Estado, na Coreia do Sul existe um Governo que é considerado uma democracia presidencialista, sendo a Coreia do Sul um dos países mais modernos do mundo, com um grande desenvolvimento tecnológico, sendo uma das maiores economias a nível planetário (SILVA, *online*).

Já no continente africano, damos o caso paradigmático de Angola onde atualmente vigora o presidencialismo, onde o Presidente da República é igualmente chefe do

Governo, tendo também poderes legislativos (EMBAIXADA DE ANGOLA NO REINO DOS PAÍSES BAIXOS - HAIA, *online*)²³.

Governança pode ser compreendida como a aptidão de um regime democrático em colocar em prática políticas que favoreçam o progresso político, social e econômico de uma nação (MAINWARING; SCULLY, 2009). O conceito se relaciona com o modo como o poder é exercido na condução dos recursos públicos — sejam eles políticos, econômicos ou sociais — ou ainda com a habilidade de um governo em desenhar e aplicar suas decisões políticas (KAUFMANN; MASTRUZZI, 2010). Essas definições partem do pressuposto de que os **sistemas democráticos** tendem a apresentar níveis mais elevados de investimento social, quando comparados a regimes com traços autoritários (BROWN; HUNTER, 1999), além de oferecerem melhores serviços públicos à população (LAKE; BAUM, 2001). No contexto sul-americano, parte dos estudos acadêmicos têm interpretado as fragilidades institucionais das democracias locais como indicativos da limitada capacidade desses governos em garantir melhores condições de vida às suas sociedades (CUNHA; SILVA, 2014).

Dessa maneira, países com elevada instabilidade política, como Venezuela, Equador e Bolívia, dificilmente poderiam ser considerados exemplos genuínos de governança democrática, o que acaba por expor essas nações a uma sucessão de crises — sejam elas econômicas, políticas ou sociais. Com base nessa compreensão de governança e na sua conexão com o modo como os sistemas partidários se organizam, seria razoável supor que as democracias sul-americanas marcadas por baixa estabilidade institucional enfrentam sérias limitações para implementar políticas públicas eficazes voltadas ao bem-estar da população. Contudo, ainda que a estabilidade política seja um aspecto desejável, ela não representa, por si só, uma garantia de avanços nos campos econômico e social (CUNHA; SILVA, 2014).

Para verificar essa hipótese, adotamos dois instrumentos analíticos principais: **um indicador de estabilidade política e outro de governança**, os quais foram comparados com métricas de desenvolvimento econômico e social. O primeiro avalia o grau de

²³ Cfr., e para maiores desenvolvimentos, EMBAIXADA DE ANGOLA NO REINO DOS PAÍSES BAIXOS – HAIA. In Governo e política. Informação pesquisável em: https://www.angola-embassy.nl/?page_id=37 (acesso em: 12.05.2025).

Para maiores desenvolvimentos acerca desta matéria, *vd*, Francisco Pereira COUTINHO / Armando Marques GUEDES, «Sobre o Sistema de Governo em Angola – Do centralismo «soviético» ao «semi-presidencialismo» transicional até à adopção de um sistema de governo *sui generis* (Sobre o Sistema de Governo Angolano - Do Centralismo 'Soviético' a um Semi-Presidencialismo Transicional à Adopção de um Sistema de Governo *Sui Generis*) (24 de Março de 2017). **Negócios Estrangeiros**, 11.4., 2007, pp. 64-90, pesquisável em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2940527> (acesso em: 12.05.2025).

estabilidade presente nos mandatos presidenciais considerados; já o segundo examina a capacidade dos chefes do Executivo em colocar em prática políticas públicas consistentes.

Os parâmetros utilizados para aferir o desenvolvimento econômico incluíram o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, enquanto os de natureza social englobam: a proporção do PIB destinada a políticas sociais, a taxa de desemprego, o percentual da população vivendo com menos de dois dólares por dia e o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) (CUNHA; SILVA, 2014). O propósito central da análise foi observar se os resultados desses indicadores acompanhavam as classificações relacionadas à estabilidade política. Em outras palavras, buscamos identificar se os países considerados institucionalmente frágeis foram, de fato, incapazes de promover melhorias concretas na qualidade de vida de suas populações ao longo do período avaliado.

Dessa análise panorâmica dos sistemas de governo ao redor do mundo, torna-se evidente a pluralidade de arranjos institucionais adotados pelos Estados modernos, cada qual moldado por suas experiências históricas, estruturas sociais e desafios políticos. Nesse cenário, a **América Latina** desponta como um espaço geopolítico de destaque, marcado por uma predominância de **sistemas presidencialistas**, muitos dos quais inspirados, ao menos formalmente, no modelo norte-americano, mas com dinâmicas próprias que lhes conferem caráter híbrido e, por vezes, instável (CUNHA; SILVA, 2014).

Países como **Argentina, Chile, Colômbia, México, Peru, Venezuela** e o próprio **Brasil** adotam formas variadas de presidencialismo, mas compartilham desafios semelhantes: fragilidade institucional, crises cíclicas de governabilidade, hiperpresidencialismo, fragmentação partidária e tensão constante entre os Poderes. O fenômeno do presidencialismo de coalizão, por exemplo, é característico do Brasil e se repete em outros países da região, exigindo amplas alianças parlamentares para garantir a estabilidade política e a aprovação de agendas governamentais (MAINWARING, 1993).

Em muitos desses Estados, a concentração de poderes nas mãos do Executivo, somada à ausência de mecanismos eficientes de freios e contrapesos, tem resultado em distorções democráticas e elevado risco de autoritarismo (CUNHA; SILVA, 2014). A própria história recente da América Latina é marcada por rupturas institucionais, golpes militares, crises constitucionais e tentativas de reconfiguração democrática, elementos que tornam o estudo dos sistemas de governo na região particularmente relevante.

No caso do Brasil, o presidencialismo foi reafirmado com a Constituição de 1988, mas vem sendo constantemente tensionado por sua própria complexidade interna: um

Executivo forte, um Legislativo fragmentado e um Judiciário cada vez mais protagonista. A experiência brasileira reflete o paradoxo latino-americano: a tentativa de conciliar a centralidade presidencial com os ideais de pluralismo e governança democrática. A instabilidade política, a judicialização das relações institucionais e o desgaste do sistema representativo são sintomas recorrentes em diversos países da região.

Assim, pode-se concluir que, na América Latina, o presidencialismo não é apenas uma escolha institucional, mas um campo permanente de disputa e reinvenção, onde o desafio maior consiste em construir modelos de governo que sejam ao mesmo tempo representativos, estáveis e responsivos às demandas sociais. O Brasil, nesse conjunto, ocupa uma posição singular: é o maior país da região, com forte influência diplomática, institucional e jurídica, e com uma experiência constitucional rica, marcada por avanços e retrocessos que ilustram, com precisão, os dilemas da governabilidade democrática latino-americana no século XXI (CUNHA; SILVA, 2014).

Há situações ainda mais intensas de enfraquecimento democrático e de mudanças profundas nos regimes políticos em questão. Traços de **personalismo** e **neopopulismo** acabaram se entrelaçando ao estilo de liderança de certos presidentes que, ao adotarem discursos **antissistêmicos**, acabaram provocando efeitos graves sobre o funcionamento das democracias em seus países. Além disso, é preciso levar em conta a **diversidade** das expressões democráticas que passaram a emergir nesse novo cenário político sul-americano. Em algumas nações, propostas de **reformas sociais inspiradas em modelos social-democratas** coexistem com experiências de **democracia social de perfil mais radical**, o que tem gerado impactos relevantes tanto na qualidade quanto na estabilidade das instituições políticas da região (CUNHA; SILVA, 2014).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise comparativa dos sistemas de governo vigentes em Portugal e no Brasil, realizada sob uma perspectiva luso-brasileira constitucionalista e de ciência política, permite afirmar que a escolha e a eficácia de um modelo de governo não podem ser compreendidas apenas à luz de suas características formais, mas exigem uma reflexão aprofundada sobre o contexto histórico, político, cultural e institucional de cada Estado- - Nação. A compreensão dos modelos presidencialista, parlamentarista e semipresidencialista –

inclusive em suas variantes híbridas – revela que não existe uma fórmula universalmente superior. Cada sistema apresenta vantagens e desafios próprios, cujos efeitos dependem, em grande medida, da maturidade democrática, da cultura política e da solidez das instituições em que se inserem.

Em Portugal, o semipresidencialismo, com sua lógica de duplo comando no Executivo, busca equilibrar a autoridade do Presidente da República com a responsabilidade governativa do Primeiro-Ministro perante o Parlamento. Essa arquitetura institucional favorece a adaptação a cenários de crise e instabilidade, mediante a possibilidade de dissolução da Assembleia e substituição do chefe de governo sem ruptura do mandato presidencial. Já o Brasil adota o presidencialismo clássico, com forte concentração de funções no Chefe de Estado e de Governo, o que garante estabilidade formal, mas, ao mesmo tempo, exige complexas coalizões políticas para assegurar a governabilidade, tornando o sistema vulnerável à fragmentação partidária e a crises recorrentes.

No plano internacional, constata-se a diversidade de arranjos institucionais adotados por diferentes Estados, cada qual adaptado às suas necessidades históricas e estruturais. A experiência dos países latino-americanos, por exemplo, revela uma preferência majoritária pelo presidencialismo, fortemente influenciado pelo modelo norte-americano, mas igualmente marcado por singularidades locais e recorrentes desafios de governabilidade. Em contrapartida, democracias europeias consolidadas operam sob sistemas parlamentares ou semipresidencialistas com altos níveis de estabilidade, indicando que a efetividade dos modelos está diretamente ligada à densidade institucional e à cultura de cooperação política.

A investigação conduzida permite reafirmar que a legitimidade democrática de um sistema de governo não se esgota em sua previsão constitucional, mas exige constante adaptação aos desafios contemporâneos, especialmente no que tange à preservação dos direitos fundamentais, à separação de poderes e à promoção da justiça social. Em ambos os países analisados, permanece essencial o respeito ao princípio da vedação ao retrocesso social como cláusula de contenção institucional e como vetor normativo para o aprimoramento contínuo da democracia.

Dessa forma, mais do que optar por modelos estanques ou transplantar experiências estrangeiras, defende-se a necessidade de um constitucionalismo sensível às transformações sociais, atento à participação popular e à eficiência institucional. O fortalecimento do Estado Democrático de Direito, em Portugal, no Brasil e no mundo, depende menos da adoção de um sistema idealizado e mais da capacidade de seus agentes

políticos, jurídicos e sociais em conferir eficácia aos valores constitucionais e à dinâmica democrática.

Por conseguinte, já estamos em condições de considerarmos, no caso de Portugal, a relação entre o Direito Constitucional e a Ciência Política, que embora no nosso entendimento se interligam, a verdade é a de que, pelo menos no caso de Portugal, a Constituição da República Portuguesa em vigor em lado algum se refere diretamente a tal relação.

Por fim, dada a recente instabilidade mundial a diversos níveis, ou seja, políticos e bélicos, consideramos que ainda há um largo caminho a ser trilhado no que aos Sistemas de Governo respeita, porque consideramos que nenhum Sistema de Governo é cem por cento estável na nossa atualidade mundial.

5. BIBLIOGRAFIA

Doutrina:

Áustria. “Sistema Político.” In *Áustria em Portugal*. Atualizado em 3 de fevereiro de 2025. Disponível em: <https://www.advantageaustria.org/pt/zentral/business-guide/zahlen-und-fakten/oe-auf-einen-blick/politisches-system/politisches-system.pt.html>. Acesso em 6 de abril de 2025.

Batista, Mariana. “O Poder no Executivo: Explicações no Presidencialismo, Parlamentarismo e Presidencialismo de Coalizão.” *Revista de Sociologia e Política* 24, no. 57 (março de 2016): 127–155.

Bonavides, Paulo. *Democracia Participativa como Alternativa Constitucional ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo*. Recife: Revista Esmafe, 2002.

Brown, David, e Wendy Hunter. “Democracy and Social Spending in Latin America, 1980–92.” *American Political Science Review* 93, no. 4 (dezembro de 1999): 779–790.

Coutinho, Francisco Pereira, e Armando Marques Guedes. “Sobre o Sistema de Governo em Angola – Do Centralismo ‘Soviético’ ao ‘Semi-presidencialismo’ Transicional até à Adoção de um Sistema de Governo *Sui Generis*.” *Negócios Estrangeiros* 11, no. 4 (2007): 64–90. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2940527>. Acesso em 12 de maio de 2025.

Couto, Cláudio Gonçalves. *Sistema de governo e políticas públicas*. (Brasília: Enap, 2019), Coleção Governo e Políticas Públicas.

Cunha, L. R., e Silva, V. A. “Sistemas políticos na América do Sul no contexto da ‘maré rosa’: Democracia, estabilidade e governança no século XXI.” *Revista Eletrônica de Ciência Política* 5, nº 2 (2014).

Duverger, Maurice. “A New Political System Model: Semi-Presidential Government.” *European Journal of European Research* 8. (Amsterdam: Elsevier Scientific Publishing Company, 1980), 165–187.

Elgie, Robert. “The Politics of Semi-Presidentialism.” ResearchGate, setembro de 1999, 22 p. Especialmente p. 14. DOI: 10.1093/0198293860.003.0001. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/265101267_The_Politics_of_Semi-Presidentialism (acesso em 5 de abril de 2025).

Elgie, Robert. *The Politics of Semi-Presidentialism: Semi-Presidentialism in Europe (Comparative Politics)*. (New York: Oxford University Press, 1999), 1ª edição. Disponível em:

https://www.researchgate.net/profile/Robert_Elgie2/publication/265101267_The_Politics_of_Semi-Presidentialism/links/5448d9240cf22b3c14e33625.pdf (acesso em: 12.04.2025).

Embaixada de Angola no Reino dos Países Baixos – Haia. “Governo e política.” (Haia: Embaixada de Angola nos Países Baixos, s.d.), informação disponível em: https://www.angola-embassy.nl/?page_id=37 (acesso em: 12.05.2025).

Espanha. “Sistema Político.” In *União Europeia*. (s.l.: União Europeia, s.d.). Disponível em: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries/spain_pt (acesso em 5 de abril de 2025).

Frazão, Dilva. “Charles III, Rei do Reino Unido, Biografia de Charles III.” In *e Biografia*. (s.l.: e Biografia, s.d.). Disponível em: https://www.ebiografia.com/principe_charles/ (acesso em 5 de abril de 2025).

Gomes Canotilho, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. (Coimbra: Almedina, 2018), 7.ª edição, 22.ª reimpressão de 2021.

Gussoli, Felipe Klein, e Daniel Wunder Hachem. “Modificação do Sistema de Governo no Brasil via Emenda Constitucional: Parlamentarismo, Semi-Presidencialismo e Outros Modelos.” *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 43, n. 92 (2023): 1–35. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2022.e91977>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/91977> (acesso em 12 de abril de 2025).

Itália. “Sistema Político.” In União Europeia. (s.l.: União Europeia, s.d.). Disponível em: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries/italy_pt (acesso em 9 de abril de 2025).

Kaufmann, Daniel, e Aart Kraay. “The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues.” World Bank Indicators (Washington, DC: World Bank, 2010).

Lake, David A., e Matthew A. Baum. “The Invisible Hand of Democracy: Political Control and the Provision of Public Services.” *Comparative Political Studies* 34, n. 6 (agosto de 2001): 587–621.

Linz, Juan J. “The Perils of Presidentialism.” *Journal of Democracy* 1, n. 1 (1990): 51–69.

Magalhães Silva, Maria Manuela, e Dora Resende Alves. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. (Lisboa: Rei dos Livros, 2000), 4.^a edição, março de 2021.

Mainwaring, Scott, e Timothy R. Scully. “Latin America: Eight Lessons for Governance.” *Journal of Democracy* 19, n. 3 (julho de 2008): 112–127.

Mainwaring, Scott. “Presidentialism and Multipartyism: The Difficult Combination.” *Comparative Political Studies* 26, n. 2 (1993).

Martínez, Rafael. “El Semipresidencialismo: Estudio Comparado.” *Universitat de Barcelona, Working Paper*, n.º 154. (Barcelona: Universitat de Barcelona, 1998), p. 5. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/15057.pdf> (acesso em 14 de abril de 2025).

Miranda, Jorge. “A Originalidade e as Principais Características da Constituição Portuguesa.” *Cuestiones Constitucionales*, n.º 16, Cidade do México, jan./jun. 2007. Versão impressa ISSN 1405-9193. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100008 (acesso em 5 de abril de 2025).

Miranda, Jorge. “Valores Permanentes da Constituição Portuguesa.” In *IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Constituição e Crise: A Constituição no Contexto das Crises Políticas e Econômica*, organizado por Carlos Blanco de Moraes e Gilmar Ferreira Mendes. (Brasília: IDP, 2017), p. 39. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2334/1/IV-Luso-Brasileiro-Direito_Gilmar%20Mendes_Carlos%20Moraes.pdf (acesso em 14 de abril de 2025).

Miranda, Jorge. *Ciência Política: Formas de Governo*. (Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1996), p. 26. Disponível em: https://www.kufunda.net/publicdocs/Ciencia-Politica-Formas-de-Governo_J.%20Miranda.pdf (acesso em 5 de abril de 2025).

Moreira, Vital. A Eleição Direta do Presidente da República na História Constitucional Portuguesa. (Coimbra: Universidade de Coimbra / Universidade Lusíada – Norte, s.d.). Disponível em: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/5850/5/18_VitalMoreira.pdf (acesso em 12 de abril de 2025).

Moreira, Vital. A Eleição Direta do Presidente da República na História Constitucional Portuguesa. (Coimbra / Porto: Universidade de Coimbra / Universidade Lusíada – Norte, 2021). Texto revisto e ampliado da comunicação apresentada na conferência “Dois Séculos de Constitucionalismo Eleitoral em Portugal” (Universidade Lusíada-Norte, Porto, 24 de setembro de 2020). Disponível em: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/5850/5/18_VitalMoreira.pdf (acesso em 12 de abril de 2025).

Müller, Wolfgang C., Torbjörn Bergman, e Kaare Strøm. Parliamentary Democracy: Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies. (New York: Oxford University Press, 2006).

Pinto Alves, Patrícia. Direito Constitucional: Ensinaamentos. (Lisboa: Quid Juris, setembro de 2022), pp. 267–278 e 275–276.

Rebelo de Sousa, Marcelo. “Sistema Semipresidencial: Definição e Perspectivas.” Nação e Defesa, ano II, n.º 3 (Lisboa: Estado-Maior do Exército Português, maio de 1977). Disponível em: <https://www.idn.gov.pt/pt/publicacoes/nacao/Documents/NeD003/NeD03.pdf> (acesso em 5 de abril de 2025).

Shugart, Matthew Soberg, e John M. Carey. Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics. (Cambridge: Cambridge University Press, 1992).

Silva, Daniel Neves. “Divisão das Coreias.” In UOL – Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/as-duas-coreias.htm> (acesso em 12 de abril de 2025).

Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. (São Paulo: Malheiros, 2005), 25. ed.

Tavares da Silva, Suzana. Direito Constitucional I. (Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2016), p. 182. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~stavares/wp-content/uploads/2019/08/2_Direito-Constitucional-I-1.pdf (acesso em 5 de abril de 2025).

Universidade do Espírito Santo. Centro de Política Comparada. Disponível em: <https://cpc.ufes.br/conteudo/sistemas-de-governo> (acesso em 12 de abril de 2025).

Veiga, Paula. “O Dilema do Poder Executivo na Constituinte de 1911: Algumas Notas.” In *A Assembleia Constituinte e a Constituição de 1911*, 325–335. (Lisboa: Assembleia da República – Divisão de Edições, 2011). Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/pveiga/1550> (acesso em 5 de abril de 2025).

Legislação:

Portugal. Constituição da República Portuguesa. (Lisboa: República Portuguesa, em vigor). Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em 29 de março de 2025).

Sítios da internet / Sites da internet:

<https://www.idn.gov.pt/pt/publicacoes/nacao/Documents/NeD003/NeD03.pdf>

https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2334/1/IV-Luso-Brasileiro-Direito_Gilmar%20Mendes_Carlos%20Moraes.pdf

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100008

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis

https://www.fd.uc.pt/~stavares/wp-content/uploads/2019/08/2_Direito-Constitucional-I-1.pdf

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=4&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=4&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=4&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/5850/5/18_VitalMoreira.pdf

<https://www.idn.gov.pt/pt/publicacoes/nacao/Documents/NeD003/NeD03.pdf>

https://www.kufunda.net/publicdocs/Ciencia-Politica-Formas-de-Governo_J.%20Miranda.pdf

https://www.kufunda.net/publicdocs/Ciencia-Politica-Formas-de-Governo_J.%20Miranda.pdf

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0187&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100008

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100008

<https://cpc.ufes.br/conteudo/sistemas-de-governo>

<https://cpc.ufes.br/conteudo/sistemas-de-governo>

https://www.researchgate.net/profile/Robert_Elgie2/publication/265101267_The_Politics_of_Semi-Presidentialism/links/5448d9240cf22b3c14e33625.pdf

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/91977>

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/91977>

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/91977>

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/91977>

<https://apps.uc.pt/mypage/files/pveiga/1550>

<https://apps.uc.pt/mypage/files/pveiga/1550>

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/15057.pdf>

https://www.researchgate.net/publication/265101267_The_Politics_of_Semi-Presidentialism

https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries/spain_pt

https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries/spain_pt

https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries/spain_pt

https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries/spain_pt

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2007/06/20/reino-unido-e-uma-monarquia-constitucional>

https://www.ebiografia.com/principe_charles/

https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries/italy_pt

https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries/italy_pt

https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries/italy_pt

<https://www.advantageaustria.org/pt/zentral/business-guide/zahlen-und-fakten/oe-auf-einen-blick/politisches-system/politisches-system.pt.html>

https://lop.parl.ca/staticfiles/Learn/assets/PDF/ParliamentaryPrimer/Multi-language_visitor_brochure-Portuguese.pdf

https://lop.parl.ca/staticfiles/Learn/assets/PDF/ParliamentaryPrimer/Multi-language_visitor_brochure-Portuguese.pdf

http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/5850/5/18_VitalMoreira.pdf

<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/as-duas-coreias.htm>

https://www.angola-embassy.nl/?page_id=37

<https://ssrn.com/abstract=2940527>



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE E DIREITO DO
CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE SOBRE A VISÃO DO STF ACERCA DA
DELIMITAÇÃO MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIAS RELATIVAS
ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**CONCURRENT LEGISLATIVE JURISDICTION AND CONSUMER LAW: AN
ANALYSIS OF THE STF'S VIEW ON MUNICIPAL DELIMITATION TO
LEGISLATE ON MATTERS RELATING TO CONSUMER RELATIONS**

Danilo Scramin Alves¹

Fabiana David Carles²

Karina Ellem Bezerra da Silva³

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1567-3323>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6875-7892>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-6481-3302>

Submissão: 22/12/2024

Aprovação: 18/03/2025

RESUMO:

O presente artigo faz um estudo sobre a delimitação da competência legislativa dos municípios em matéria relativa às relações de consumo, a partir da análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, é analisada a leitura constitucional da competência legislativa concorrente. Então, interesse local e direito do consumidor são correlacionados.

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI. Doutor em Giurisprudenza pela Università degli Studi di Perugia, Itália. Professor do curso de Mestrado Profissional em Administração Pública e de Direito da Universidade Federal do Acre. Presidente e titular da Cadeira n. 8 da Academia de Letras Jurídicas do Acre - ALJAC. E-mail: daniloscramina@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v16/006**

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -PUC/SP. Professora e coordenadora do curso de Direito, campus Floresta, e professora permanente do Programa de Pós-graduação de Ensino em Humanidades e Linguagens da Universidade Federal do Acre -UFAC. Titular da Cadeira n. 3 da Academia de Letras Jurídicas do Acre – ALJAC. E-mail: fabi.carles@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v16/006**

³ Especialista em Direito Civil pela Faculdade Venda Nova do Imigrante – FAVENI. Graduada em Licenciatura em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Acre – UFAC. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Acre – UFAC. Email: karina.ellem@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v16/006**

Por fim, o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é identificado, no que tange à competência legislativa dos municípios em questões relacionadas ao direito do consumidor, sob enfoque do estudo de casos concretos. Foi possível observar que as municipalidades possuem capacidade legislativa suplementar para tratar de assuntos de interesse local relacionadas ao direito do consumidor, no entanto a aplicação dessa competência demanda a análise aprofundada, apoiada por doutrinas e jurisprudência. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, de objetivo exploratório, com método dedutivo e que parte de análise bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Competência legislativa concorrente. Direito do consumidor. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Interesse local. Município.

ABSTRACT:

This article studies the delimitation of the legislative competence of municipalities in matters relating to consumer relations, based on the analysis of the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal. To this end, the constitutional reading of concurrent legislative competence is analyzed. Then, local interest and consumer rights are correlated. Finally, the jurisprudential understanding of the Supremo Tribunal Federal is identified, with regard to the legislative competence of municipalities in issues related to consumer law, based on the study of concrete cases. It was possible to observe that municipalities have additional legislative capacity to deal with matters of local interest related to consumer law. However, the application of this competence requires in-depth analysis, supported by legal doctrine and jurisprudence. This is qualitative research, with an exploratory objective, with a deductive method and based on bibliographic analysis.

KEYWORDS: Concurrent legislative competence. Consumer law. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudence. Local interest. Municipality.

1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil é caracterizada por sua repartição de competências constitucionais, onde cada ente federado tem uma parcela do poder para cumprir suas obrigações e garantir o desempenho efetivo dessas funções em todo o país.

Logo, uma das formas de repartição de responsabilidades, a competência legislativa concorrente, conforme o artigo 24 da Constituição Federal de 1988, permite que as entidades federativas legislem sobre os mesmos temas, fundamentando a harmonia do exercício de atribuições e a proteção de direitos e deveres aos indivíduos. Destarte, a União estabelece normas gerais e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios designados por regular interesses regionais e locais, respectivamente.

E foi justamente a partir do exame da repartição de competências concorrentes, que se revelou a complexidade na definição dos limites do poder legislativo dos municípios no que diz respeito a matérias relacionadas às relações de consumo. Nesse contexto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) torna-se importante em estabelecer os limites convergentes aos entes federados para legislar sobre direito local relacionado ao direito do consumidor. Então, é por meio da análise de jurisprudência do STF, destacando-se a importância de garantir uma legislação uniforme e coerente em todo o território brasileiro, que se busca desenvolver a ideia central deste trabalho.

A fim de responder à problemática desse trabalho, analisa-se o entendimento constitucional da competência legislativa concorrente, no que diz respeito às normas gerais de direito do consumidor, na perspectiva dos doutrinadores constitucionalistas brasileiros. Para tanto, é imprescindível compreender o papel da União para legislar sobre relações de consumo, bem como o alcance da competência concorrente aos demais entes federados para complementar em direito local. Além disso, torna-se fundamental explorar o conceito dessa modalidade de competência para o STF, uma vez que este é o responsável por definir e estabelecer os limites de repartição de poderes dos entes federados, com o intuito de garantir a coerência e eficiência do sistema jurídico brasileiro.

Com esse propósito, esta pesquisa estruturou seus objetivos específicos em tópicos individualizados. Na primeira parte desse estudo, buscou-se examinar a divisão de competências estabelecida pela Constituição Federal, dando destaque à competência legislativa concorrente prevista em seus artigos 24 e 30. Para tanto, foi realizada uma análise na doutrina constitucionalista, a fim de identificar os preceitos legais cabíveis à União enquanto entidade competente para legislar sobre questões relacionadas às relações de consumo.

Na segunda parte desse estudo, por sua vez, debruça-se em entender como o direito do consumidor se relaciona com as questões de interesses locais. De modo que, é vultoso ressaltar a distribuição de competências entre as diferentes esferas do poder, uma vez

que estas têm o papel de regulamentar as relações de consumo em seus respectivos territórios. A fim de compreender essas delimitações, é necessário avaliar a competência legislativa concorrente entre a União e os demais entes federativos, especialmente no que tange às normas de interesse local em direito do consumidor.

Por fim, passa-se ao exame de casos específicos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, objetivando traduzir uma compreensão precisa dos institutos que já foram reconhecidos como de responsabilidade dos municípios no que concerne aos conteúdos referentes às relações de consumo. Portanto, a finalidade dessa análise é auxiliar na compreensão das normas e princípios que regem as interações comerciais entre consumidor e fornecedor e como são aplicados em casos concretos, particularmente no âmbito dos municípios.

Esse artigo é baseado em uma pesquisa qualitativa que indaga as questões sobre a delimitação de competência legislativa concorrente no interesse local relativa às relações de consumo, tendo como base a jurisprudência do STF, objetivando compreender melhor a conexão entre direito do consumidor e direito local. Com esse propósito, realizando-se um processo de particularização do tema, por meio do método dedutivo, fez-se uma revisão de literatura baseada na doutrina, legislação e jurisprudência, e será realizada uma análise a partir da leitura constitucional dessa competência sobre as relações de consumo e sob a ótica do Supremo Tribunal Federal através da análise julgados.

2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) estabeleceu um modelo de federalismo cooperativo, delineando uma atuação conjunta e harmônica entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios na condução dos interesses coletivos. Neste sentido, a distribuição de competências entre os entes federados emerge como pilar fundamental para assegurar o equilíbrio e a autonomia inerentes ao sistema federativo.

Inicialmente, é válido destacar que nas palavras de Silva⁴, competência se refere à autorização legal conferida a uma entidade, órgão ou representante do Poder Público para proferir decisões e, também, representam as várias formas de poder utilizadas pelos órgãos ou entidades estatais para desempenhar suas funções.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 44. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm; São Paulo: Malheiros Editores, 2022, p. 481.

Nesse sentido, a distribuição dessas formas de poder é um elemento crucial do Estado Federativo, dado que se apresenta como um poder central que estabelece e define os poderes regionais de cada entidade.

De mesmo modo, Mendes e Branco⁵ declaram que a autonomia de cada Estado-membro é fundamentada na distribuição constitucional de competências para a execução e evolução de sua atuação normativa. O Estado Federativo não permite a separação desses dois elementos vitais de sua estrutura. A metodologia de repartição é um aspecto distinto e crucial para o sistema federal e, ao se observar pela perspectiva da autonomia, a alocação constitucional de responsabilidades entre o governo central e os governos estaduais é quem define a essência da atuação autônoma.

A base que fundamenta a repartição de competências na República Federativa do Brasil é o da prevalência do interesse, no qual é atribuído à União as matérias de maior relevância geral, aos Estados cabe a gestão das questões de relevância regional, enquanto os Municípios são incumbidos pelos assuntos de interesse local. No que tange ao Distrito Federal, conforme estabelecido no artigo 32, parágrafo primeiro, da CF, somam-se as competências estaduais e municipais.

A respeito dessa subdivisão doutrinária, define Ferreira Filho⁶ que a estrutura legislativa delineada pela Constituição de 1988 apresenta uma organização detalhada das competências, tanto em eixo vertical quanto horizontal, favorecendo um governo equitativo e eficaz.

No âmbito vertical, encontram-se as competências concorrentes, instrumento que promove a colaboração entre a União, os Estados e os Municípios. Esta divisão permite que esses entes federativos atuem de forma integrada, respeitando as peculiaridades regionais e locais, quando alinhadas a um interesse comum.

Já no plano horizontal, a Carta Magna dispõe sobre as competências privativas, as quais são atribuídas de maneira exclusiva a cada esfera de governo, garantindo uma atuação autônoma em determinadas matérias. Dessa forma, o artigo 22 do texto constitucional, elenca as competências privativas da União, abrangendo temas de grande relevância e de interesse nacional. Portanto, conforme o citado artigo em seu inciso I, dentre as matérias sob a égide exclusiva deste ente federativo, encontram-se o direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, s.p.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. São Paulo: Forense, 2022.

De acordo com o parágrafo único do artigo 22 da CF, é facultado à União, através de Lei Complementar, transferir aos Estados a atribuição legislativa sobre temas específicos, originalmente de sua competência privativa. Já os Estados, detêm uma competência privativa residual, consoante artigo 25, parágrafo primeiro, além das explicitadas nos parágrafos seguintes e no parágrafo quarto do artigo 18.⁷

No que tange aos Municípios, o artigo 30, incisos I e II da Constituição Federal, declara que incumbe a estes a prerrogativa de legislar sobre matérias de interesse local, bem como de suplementar a legislação federal e estadual quando pertinente. Desse modo, no que diz respeito ao direito do consumidor, enquanto a competência legislativa é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, os municípios detêm atribuição legislativa quando a matéria versar sobre peculiaridades de interesse local.

A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um espaço comum de atuação legislativa, originando normas gerais sob responsabilidade da União e normas específicas a cargo dos Estados-membros. O artigo 24 da Carta Magna aborda os temas sujeitos a essa competência concorrente, abrangendo uma diversificada gama de áreas, como o direito tributário, financeiro, previdenciário, urbanístico, conservação da natureza e proteção ao meio ambiente e ao consumidor, educação, proteção e integração social da pessoa portadora de deficiência, proteção à infância e à juventude, do patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico, assistência jurídica, defensoria pública, entre outros⁸.

Assim, a União é encarregada pela criação da lei geral, definindo diretrizes básicas, à proporção que os Estados e o Distrito Federal têm a tarefa de elaborar leis específicas. Consoante o que está estipulado no artigo 24, § 1º, da Constituição Federal, “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”. O que implica dizer que, enquanto a União articula a lei geral, os Estados detêm uma competência complementar, incumbidos de elaborar a lei específica.

Todavia, caso a União não elabore uma lei geral conforme especificado no artigo 24 da Constituição Federal, o Estado poderá fazê-lo, de forma plena. Trata-se, nesse caso, de competência supletiva, prevista no artigo 24, § 3º, da CF/1988, “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”.

⁷ ÁVILA, Marta Marques. **O Interesse Local e a Competência Municipal no Constitucionalismo Brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 119. 2013.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, s.p.

Contudo, essa “lei geral estadual” não permanecerá válida indefinidamente. Conforme preceitua o artigo 24, § 4º, da Constituição Federal, “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”. Logo, sobrevindo a lei geral federal, esta terá precedência sobre a lei estadual nos pontos em que houver conflito. Não se trata de revogação, mas de suspensão de eficácia.

Dentre os diversos temas abrangidos pela competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal tem-se a “produção e consumo”, presente no artigo 24, inciso V, CF. Nesse contexto, por exemplo, a União estabeleceu norma geral, Lei n. 11.105/2005, que designa que produtos alimentares contendo ou feitos a partir de Organismo Geneticamente Modificado (OGM) devem indicar essa informação em seus rótulos. No entanto, leis estaduais ou do Distrito Federal não podem substituir ou superar a lei federal, apenas complementá-la⁹.

Neste sentido, o STF considerou inconstitucional a Lei 3.749/2009 do Estado do Mato Grosso do Sul, realçando a preeminência da legislação federal sobre as normas estaduais em matérias de competência legislativa concorrente, no caso em tela, relacionadas à inscrição de devedores em cadastros de crédito:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 3.749/2009 DO MATO GROSSO DO SUL. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ARTIGO 24, V e VIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEI GERAL DA UNIÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O tema tratado na presente ação se assemelha com a matéria julgada recentemente pelo Supremo nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 5.174 e 3.623, em que se discutia a possibilidade de inscrição de usuário de serviços públicos no cadastro de devedores.

2. A orientação majoritária do Supremo Tribunal Federal, ressalvada a posição deste Relator, assentou que a norma que estipula restrições à inscrição de devedores em cadastros de restrição de crédito não pode ser

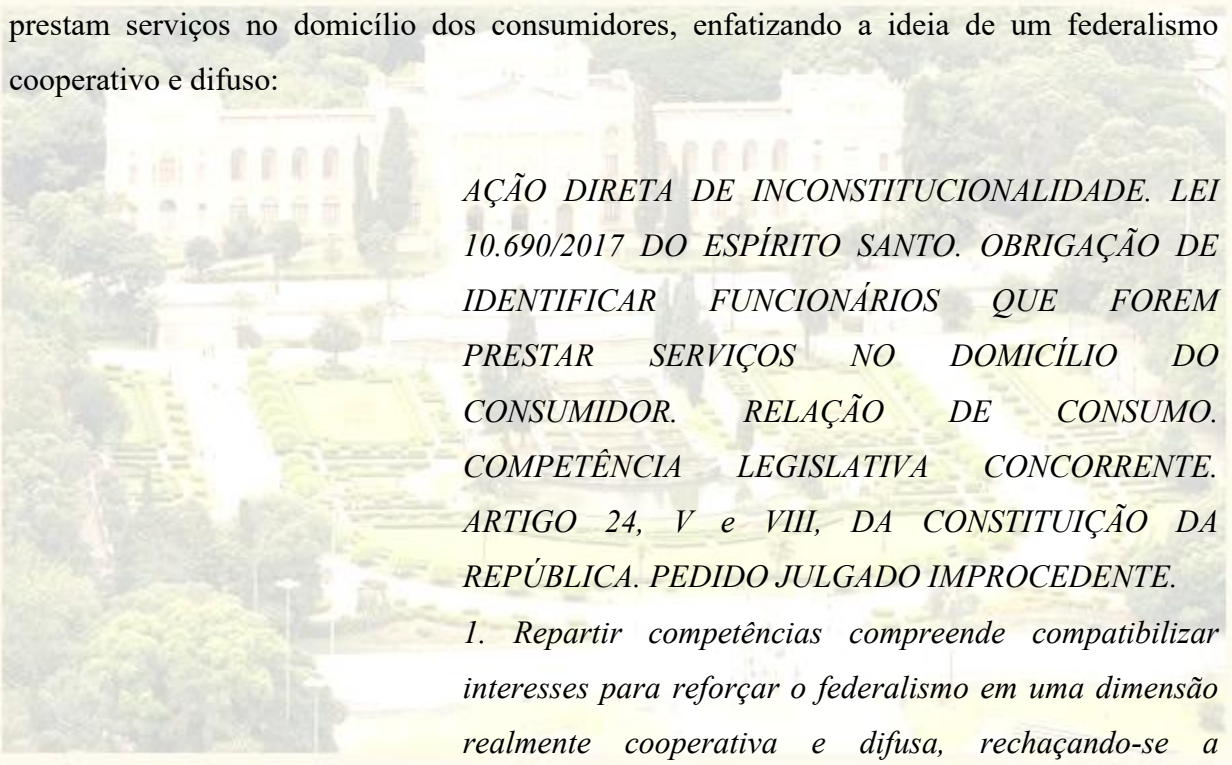
⁹ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023, s.p.

implementada por lei estadual em virtude da existência de lei geral da União sobre a matéria. Precedentes.

3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 4740, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14-02-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 05-03-2020 PUBLIC 06-03-2020)

Em outro exemplo, a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade da Lei 10.690/2017 do Estado do Espírito Santo, que obriga a identificação de funcionários que prestam serviços no domicílio dos consumidores, enfatizando a ideia de um federalismo cooperativo e difuso:



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.690/2017 DO ESPÍRITO SANTO. OBRIGAÇÃO DE IDENTIFICAR FUNCIONÁRIOS QUE FOREM PRESTAR SERVIÇOS NO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ARTIGO 24, V e VIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. Repartir competências compreende compatibilizar interesses para reforçar o federalismo em uma dimensão realmente cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente e corroborando para que o funcionamento harmônico das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da Constituição da República.

2. Legislação que impõe obrigação de informar o consumidor acerca da identidade de funcionários que prestarão serviços em sua residência ou sede constitui norma reguladora de obrigações e responsabilidades referentes a relação de consumo, inserindo-se na

competência concorrente do artigo 24, V e VIII, da Constituição da República. Precedente: ADI 5745, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2019. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 5940, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06-12-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020)

No que diz respeito aos municípios, Moraes¹⁰ afirma que estes também se enquadram na competência legislativa concorrente, conforme artigo 30, I, da CF, o qual permite aos municípios que legislem sobre assuntos de interesse local.

Desse modo, o STF é convidado a definir os moldes da delimitação de competências que cabem a esses entes em suplementar leis estaduais e federais, visto que esses limites nem sempre são tão claros. Um exemplo a ser mencionado, no que se refere aos conflitos nesse âmbito, é a decisão do STF sobre o horário de funcionamento das farmácias que é de responsabilidade municipal, de acordo com a Súmula 38. No entanto, a regulamentação do horário de funcionamento dos bancos é de competência federal. Contudo, os municípios têm o poder de criar leis relacionadas à espera em filas de bancos, pois se trata de proteção ao consumidor.

Portanto, os municípios têm competência para legislar sobre temas de interesse local desde que respeitadas as normas já existentes em nível federal e estadual, de modo que, a exemplo, uma lei estadual que determina o horário de fechamento de um restaurante em uma cidade seria inconstitucional por invadir a competência das municipalidades. À vista disso, os horários de funcionamentos dos estabelecimentos comerciais, especialmente quando ligados ao interesse local, como a saúde e bem-estar dos cidadãos e um contexto específico, são de responsabilidade municipal.

Feita a análise da competência legislativa concorrente sob a ótica constitucional, agora é possível explorar como o interesse local se relaciona com o direito do consumidor, em discussão que se segue.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2020, p. 649.

3. CONEXÃO ENTRE INTERESSE LOCAL E DIREITO DO CONSUMIDOR

No Brasil, conforme dito anteriormente, há um princípio de suma importância, sob o qual se edificou a repartição constitucional de competências entre entidades federativas (União, estados, Distrito Federal e Municípios), conforme artigo 18, CF, que é o princípio da predominância do interesse. Esse princípio significa que “(...) à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local(...)”¹¹.

Indubitavelmente, o constituinte de 1988, consciente das mudanças históricas e da tendência à centralização no Brasil – percebida tanto nos períodos ditatoriais quanto nas fases de democracia plena –, estabeleceu novos parâmetros para a descentralização na alocação de competências legislativas. Essa reestruturação expandiu as situações de competências legislativas concorrentes e reforçou o papel dos municípios na criação de normas que refletem interesses locais específicos.

Para tanto, torna-se imprescindível examinar a competência legislativa municipal e sua interação com os interesses locais, especialmente no contexto do direito do consumidor.

3.1. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL

A competência legislativa municipal de maior notoriedade é representada pela capacidade conferida aos municípios de instituírem sua própria Lei Orgânica, presentada no artigo 29, CF. A Lei Orgânica é, pois, a diretriz jurídica suprema no âmbito municipal, incumbida de estabelecer, entre outros, a estruturação dos poderes administrativos locais e a regulamentação de sua alçada legislativa, tudo isso sob a égide dos ditames estabelecidos pela Constituição Federal do Brasil e pelas respectivas Constituições dos Estados Federativos.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 44. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm; São Paulo: Malheiros Editores, 2022, p. 482.

Inclusive, devido à essa necessidade de alinhamento, conforme Martins¹², muitos doutrinadores sustentam que a Lei Orgânica não possui status constitucional, uma vez que não é resultante de um poder constituinte derivado decorrente.

Além da capacidade de promulgar a Lei Orgânica, destaca-se a gama de atribuições legislativas conferidas ao ente municipal, a saber, exercício de legislação em assuntos de interesse local, conforme consagrado pelo artigo 30, inciso I, CF; competência suplementar, preconizada no artigo 30, inciso II, CF; dentre outras.

Neste cenário, é imperativo realizar uma análise criteriosa do artigo 30, incisos I e II da CF/88. O inciso I do mencionado artigo confere aos Municípios a competência de “legislar sobre assuntos de interesse local”. Contudo, nem sempre há consenso sobre o que se define por interesse local.

De acordo com Moraes¹³, a despeito da complexidade inerente à sua definição, o termo “interesse local” é identificado como concernente às demandas que mais proximamente se conectam com as necessidades prementes do município. Nesse mesmo aspecto, concorda Barroso¹⁴, que a noção de interesse local, tal como consagrada na norma constitucional, é demarcada pela supremacia dos aspectos concernentes ao Município em detrimento dos que pertencem ao Estado ou à União.

Em síntese, percebe-se que o critério distintivo está na influência direta e imediata que certos assuntos exercem sobre o âmbito municipal, constituindo-se como interesse característico desse ente, ainda que de um modo indireto também possam interessar ao Estado-membro e à União.

Dessa forma, observa-se que a manifestação de “interesse local”, quando empregada no contexto da competência legislativa municipal, diz respeito às especificidades e exigências particulares da comunidade local. O referido entendimento encontra paralelo na figura do “peculiar interesse”, presente no artigo 15, inciso II da Constituição Federal de 1967, que igualmente delineava as competências dos municípios à luz de suas singularidades específicas.

No tocante ao inciso II do artigo 30 da Constituição Federal, encontra-se o dispositivo que atribui aos Municípios a função de “suplementar a legislação federal e a

¹² MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023, s.p.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2020, p. 649.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, s.p.

estadual no que couber". Interpretando essa cláusula constitucional, Almeida¹⁵, observa que o termo "no que couber" implica a necessidade de um interesse local para que o município exerça seu papel de legislar complementarmente. Isso significa que, conforme sua visão, a suplementação das leis federais ou estaduais pelo município não é aplicável quando o assunto não se configura como de interesse local.

Da mesma forma, Martins¹⁶ aduz que a expressão "no que couber" direciona e define a ação municipal mantendo-a nivelada ao interesse local. Acrescenta ainda, o autor, que esse poder abrange também os temas tratados por competência legislativa concorrente, enriquecendo tanto as normas gerais quanto as específicas, além de outras que se relacionam diretamente com interesses singulares de cada localidade.

Por sua vez, Meirelles¹⁷ ressalta que, com fundamento no inciso II do artigo 30 da Carta Magna, o Município tem a faculdade de preencher as lacunas e remediar as omissões presentes na legislação federal e estadual, sem jamais contrariá-las, abrangendo as matérias inscritas no artigo 24 da Constituição de 1988.

Em suma, compreende-se que a Constituição Federal estabelece a competência suplementar dos Municípios, que consiste na permissão para adequar a aplicação das normas legislativas superiores às especificidades locais, sempre em consonância com estas e sob a condição essencial de que se enquadrem na competência atribuída ao ente federativo municipal, sempre norteado pelo interesse local.

Com base nas doutrinas mencionadas, observa-se que, embora haja a ausência de inclusão do Município entre as esferas dotadas de competência legislativa concorrente no caput do artigo 24 da CF, foi-lhe conferida, pelo texto constitucional de 1988, a possibilidade de estabelecer normativas em temáticas que tangenciem primordialmente os interesses locais.

Essa normativa em ênfase deve sobrevir sem invadir a competência da União ou dos Estados e sem abordar assuntos que sejam privativamente objeto de legislação em nível federal ou estadual. Assim, é importante que se faça uma análise harmoniosa dos preceitos inscritos nos incisos I e II do artigo 30 da Carta Magna, com o intuito de delimitar-se, em uma situação concreta, se é facultado ao Município promulgar normas regulamentadoras em áreas específicas.

Diante dessa perspectiva, torna-se crucial a investigação sobre a competência municipal para a criação de normativas no domínio do direito do consumidor. Logo, é

¹⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁶ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023, s.p.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 141.

necessário definir com precisão o espectro constitucional dessa atribuição, traçando os limites e a extensão com que o Município pode exercer tamanha função legislativa, em consonância com os princípios ditados pela Constituição Federal.

3.2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Em consonância com os princípios da Constituição Federal, é indiscutível a faculdade do município em promulgar legislação pertinente ao direito do consumidor, encontrando sua principal base na autonomia normativa outorgada pelo constituinte originário de 1988 a essa entidade federativa, ou seja, na sua capacidade de instituir leis em matérias de sua competência. Essa autonomia para legislar é denominada de auto legislação.

A característica de auto legislação concedida ao município pela Constituição Federal não está sujeita a limitações além daquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional. Existe, portanto, um patamar mínimo e indisponível de competências constitucionalmente garantidas ao Município.

A exemplo disso, Mendes e Branco¹⁸ expõem que a teoria constitucional resguarda um núcleo essencial e fundamental da autonomia municipal que, mesmo em contextos em que essa autonomia não atinja o patamar federativo observado no Brasil desde a Constituição de 1988, permanece protegido sob a garantia institucional.

Garantia essa que, reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, constitui um dos avanços mais significativos para a preservação da hierarquia, legitimidade, eficácia e supremacia das normas constitucionais, evitando assim que estas estejam vulneráveis ao arbítrio e à volatilidade de outras fontes legislativas.

Sob essa perspectiva, considera-se dever do intérprete do direito reconhecer a autonomia municipal, permitindo que os municípios exerçam plenamente suas competências, principalmente em âmbitos que afetam diretamente a vida e o bem-estar dos cidadãos, como seria o caso de uma interpretação que negasse a este ente federado o poder de legislar sobre a proteção do consumidor em questões de marcante interesse local.

Ressalta-se a posição de que os Municípios detêm competência para legislar sobre direito do consumidor, com fundamento na elucidação doutrinária, que admite a atuação legislativa municipal nas matérias do artigo 24 da Carta Magna. Conforme corrobora

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, s.p.

Barroso¹⁹, embora não especificado no texto principal dessa disposição, o Município é autorizado a complementar a legislação federal e estadual quando se identifica o interesse local, conforme estabelece a Constituição em seu artigo 30, inciso I e II.

Logo, com a previsão da defesa do consumidor no artigo 24, inciso VIII, que trata da competência legislativa concorrente, infere-se a viabilidade de o Município criar normativas sobre relações de consumo que sejam complementares às leis federais e estaduais, respeitando o escopo destas e sem se sobrepor a matérias por elas reguladas, focando-se exclusivamente em aspectos de notório interesse local.

Portanto, a análise do arcabouço jurídico-constitucional brasileiro revela com clareza que os Municípios são dotados de competência legislativa própria, a qual engloba o direito do consumidor, sempre que este se vincule a interesses locais.

4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS MUNICÍPIOS ACERCA DE MATÉRIA RELATIVA ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a validade de normativas municipais destinadas a assegurar proteção e comodidade aos usuários de bens e serviços, bem como a preservar outros direitos dos consumidores, especialmente em contextos em que se identifica a presença de um interesse local.

Dito isto, passa-se à análise da jurisprudência desta Corte, em questões de relações de consumo, referente ao período dos últimos 5 (cinco) anos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DO CONSUMIDOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.058/2016 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 24, VIII, E 30, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, s. p.

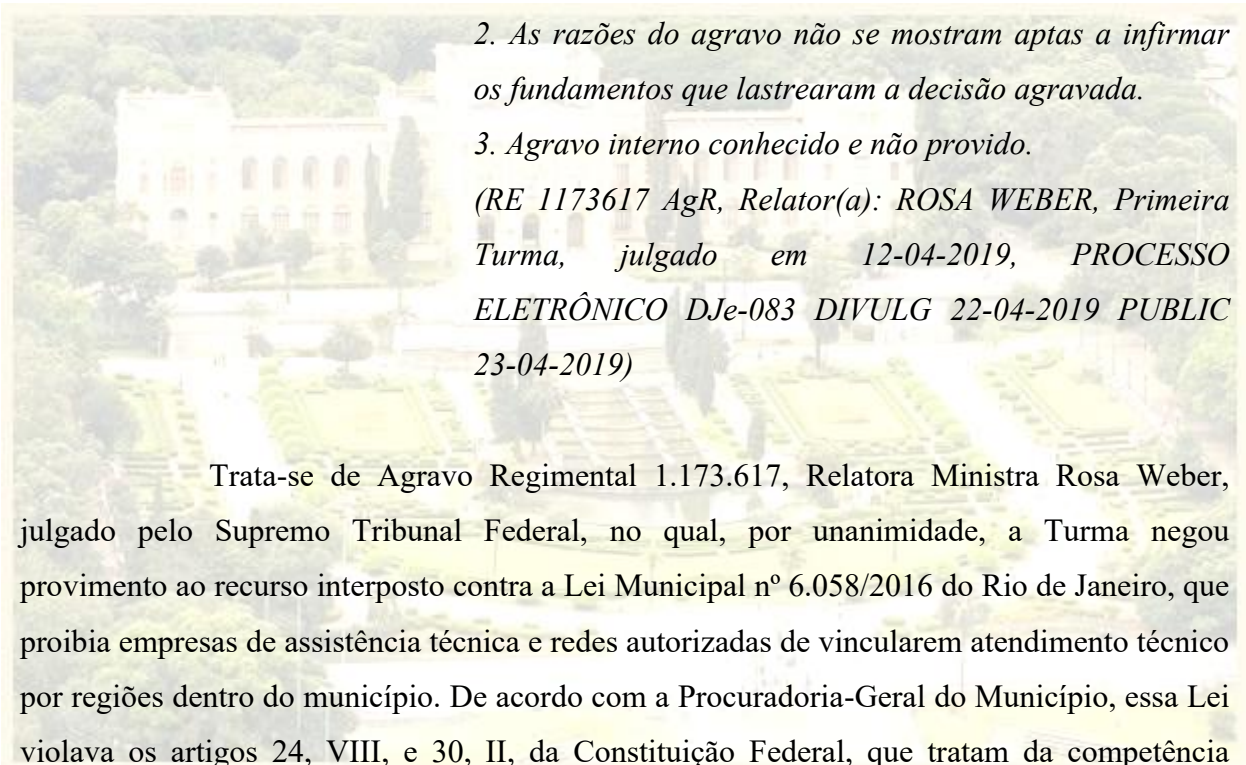
*CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.*

1. O entendimento adotado na decisão agravada reproduz a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direitos do consumidor. Esta Suprema Corte admite a competência dos municípios para legislar sobre direito do consumidor, desde que inserida a matéria no campo do interesse local. Precedentes.

2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

3. Agravo interno conhecido e não provido.

(RE 1173617 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12-04-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 22-04-2019 PUBLIC 23-04-2019)



Trata-se de Agravo Regimental 1.173.617, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual, por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso interposto contra a Lei Municipal nº 6.058/2016 do Rio de Janeiro, que proibia empresas de assistência técnica e redes autorizadas de vincularem atendimento técnico por regiões dentro do município. De acordo com a Procuradoria-Geral do Município, essa Lei violava os artigos 24, VIII, e 30, II, da Constituição Federal, que tratam da competência concorrente, sobretudo em matérias relacionadas ao direito do consumidor.

Assim também, a decisão do Colegiado *ad quo* declarou a inconstitucionalidade por vício de competência, previsto na Constituição do Rio de Janeiro em seu artigo 74, V e VIII, o qual indica competência concorrente da União e do Estado para legislar sobre consumo e proteção ao consumidor. Porém, na lei elaborada pelo Município do Rio de Janeiro não se verifica a predominância do interesse próprio dessa municipalidade.

Igualmente, o STF reconhece a competência para suplementar legislação federal e estadual, no que couber, mas isso não autoriza o Município a legislar sobre qualquer matéria. Portanto, não divergiu da jurisprudência firmada no acórdão, admitindo que há

competência dos municípios para legislar sobre direito do consumidor desde que inserida a matéria no campo do interesse local, o que não ocorreu no caso em exame.

Já no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1210002, a indagação de constitucionalidade pairava-se sobre a averbação de competência municipal pelo Estado do Mato Grosso. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REITERAÇÃO DA TESE DO RECURSO INADMITIDO. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. CONSUMIDOR. LEIS ESTADUAIS 7.872/2002 E 680/2002. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. AGÊNCIAS BANCÁRIAS. TEMPO DE ESPERA. INTERESSE LOCAL. PRECEDENTES. TEMA 272 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.

II - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais locais que fundamentam o acórdão recorrido. Incidência da Súmula 280/STF.

III - No julgamento do RE 610.221/SC (Tema 272), relatado pela Ministra Ellen Gracie, reconheceu-se a repercussão geral e reafirmou-se a orientação no sentido de que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre a definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias.

IV- Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC).



(ARE 1210002 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05-11-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 12-11-2019 PUBLIC 18-11-2019)

No caso em tela, o Estado do Mato Grosso editou as Leis 7.872/2002 e 680/2002 dispondo sobre o tempo de atendimento ao público nas agências bancárias, assunto esse que, conforme coaduna o Relator Ministro Ricardo Lewandowski, é matéria pacificada em constituir tema de interesse local. Logo, pertence à competência municipal.

Assim, por unanimidade dos votos, a Segunda Turma negou provimento ao agravo regimental, mantendo pela inconstitucionalidade das leis e aplicou multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa aos agravantes, a saber, Banco Santander (Brasil) S.A, Itaú Unibanco S/A e Banco Bradesco S.A.

Por conseguinte, passa-se agora à análise de outra jurisprudência relevante, o Recurso Extraordinário nº 188853, Relator Ministro Ricardo Lewandowski:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. EXIBIÇÃO DE PAINEL COM A DIVULGAÇÃO DOS PREÇOS DOS COMBUSTÍVEIS. INTERESSE LOCAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O município tem competência para legislar sobre normas de direito do consumidor, quando presente o interesse local. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - RE: 188853 SP 2151134-68.2018.8.26.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/08/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 13/08/2020)

Nesse acórdão, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, que tratava acerca de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) proposta pela Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, questionando a validade da Lei nº 7.282/2017 do Município de Mogi das Cruzes, que alterou a Lei Municipal nº 6.809/2013 e exigiu que postos de combustíveis informassem aos consumidores a diferença de preço entre o litro do álcool/etanol e da gasolina comum, fornecendo também uma orientação sobre qual combustível seria mais econômico para veículos com motor flex.

Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou que a legislação municipal em questão não violava o pacto federativo, e o Ministro Ricardo Lewandowski, ao relatar o caso, destacou a importância do princípio da predominância do interesse, sendo este fundamental na definição das competências entre as várias esferas do Estado Federal brasileiro, tanto para assuntos específicos mencionados na Constituição Federal quanto para a interpretação em casos mais complexos, como a mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Outrossim, o Recurso Extraordinário nº 1378744 RN, relator Ministro Edson Fachin, também apresenta entendimento acerca de Postos de Combustíveis:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSTOS DE COMBUSTÍVEIS. COMPOSIÇÃO DE PREÇO. DIREITO À INFORMAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR. ARTIGO 30, I E II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INTERESSE LOCAL. DECISÃO RECORRIDA QUE SE AMOLDA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. Os municípios possuem competência legislativa suplementar para normas que tratem de interesse local relativo a direito do consumidor, por força dos art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal. Precedentes.

2. As exigências previstas na lei municipal questionada visam densificar o direito à informação, o qual conta com guarida constitucional no art. 5º, XIV, da Constituição da República.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - RE: 1378744 RN, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 13/02/2023, Segunda Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 22-02-2023 PUBLIC 23-02-2023)

Refere-se ao Recurso Extraordinário nº 1378744 interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que declarou inconstitucional a Lei Municipal de Natal nº 400/2014, a qual fixa a obrigatoriedade aos postos de combustíveis de afixarem painel informativo em seus estabelecimentos, apontando o preço praticado por seus fornecedores e pelo posto revendedor e suas respectivas margens de lucro.

Contudo, o relator, Ministro Edson Fachin, junto à maioria da Segunda Turma, não vislumbrou inconstitucionalidade e nem violação ao princípio da proporcionalidade, ao passo que destacou, que a jurisprudência do STF está consolidada no sentido de que os municípios possuem competência legislativa suplementar para normas que tratem de interesse local relativo a direito do consumidor, por força dos incisos I e II, do artigo 30, da Constituição Federal. Acrescentou ainda que, toda empresa que deseja explorar atividade econômica, assumindo um papel no mercado consumidor, tem o dever de garantir a proteção ao consumidor e zelar pelo direito à informação.

Entretanto, os Ministros André Mendonça e Gilmar Mendes votaram pelo provimento do Recurso, consequentemente pela inconstitucionalidade, sob a preleção de que não há predominância de interesse local, haja vista que exigir de cada empresa a obrigação de revelar seus mecanismos de gestão à concorrência incide em afronta aos princípios da livre iniciativa econômica e da livre concorrência, constitucionalmente assegurados.

Diante do exposto, observa-se que o Pretório Excelso sustenta o entendimento de que matérias relacionadas ao direito do consumidor, quando submetidas à esfera de interesse local, residem sob a alçada suplementar dos municípios. Nessas circunstâncias, não se admite a avocação de competência concorrente por meio do Estado-membro e da União.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo abordar sobre a delimitação para legislar acerca de matérias relacionadas a consumo no âmbito municipal sob a óptica do Supremo Tribunal Federal.

Com esse propósito, primeiramente, explorou-se a estrutura de repartição de competências legislativas definidas pela Constituição Federal, com ênfase na competência legislativa concorrente, compreendendo-se que, a União define trata de questões normas gerais, enquanto Estados e Municípios atuam de forma complementar e suplementar, respectivamente.

Posteriormente, foi examinada a competência legislativa municipal e sua relação com os interesses locais, com foco particular em direito do consumidor, sendo possível constatar que a Carta Magna delegou aos municípios a tarefa de legislar sobre assuntos de “interesse local”, sem, contudo, delinear o significado deste termo. Assim, a tarefa de interpretar o que constitui essa expressão em situações específicas, como nas relações de consumo, recai sobre a doutrina e a jurisprudência.

Por fim, foram analisadas jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o intuito de verificar o posicionamento da referida Corte sobre a competência legislativa municipal em relação ao direito do consumidor. Neste contexto, verificou-se que existe entendimento pacificado, inclusive citado nos julgados, sobre a constitucionalidade de legislações municipais quando se trata de proteção às relações de consumo, desde que evidentemente vinculadas ao particular interesse e observadas as competências privativas da União e dos Estados.

Portanto, conclui-se que, os municípios têm competência legislativa suplementar para legislar sobre interesse local no âmbito do direito do consumidor, mas a interpretação desse tema necessita de auxílio doutrinário e jurisprudencial, pormenorizadamente em cada caso concreto, embora o Supremo Tribunal Federal mantenha estabelecido consenso. Logo, a autonomia municipal, assim apresentada, é fundamental para assegurar que as necessidades e peculiaridades locais sejam adequadamente atendidas, reforçando o papel importante dos municípios como pilares da democracia e protetores dos direitos do consumidor no tecido da sociedade brasileira.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ÁVILA, Marta Marques. **O Interesse Local e a Competência Municipal no Constitucionalismo Brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 119. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Horário de funcionamento interno e externo dos estabelecimentos bancários. Competência para regular o horário de funcionamento é da União e não do Município. Recurso Extraordinário nº 88.123. Relator: Min. Cunha Peixoto, Primeira Turma, julgamento em 09 de outubro de 1979.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Competência dos Municípios para legislar sobre tempo máximo de espera de clientes em filas de banco. Recurso Extraordinário 610.221 RG, (Rel. Min. Ellen Gracie, Tema 272). Recurso Extraordinário com Agravo 559650 AgR. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Tuma, julgamento em 18 de dezembro de 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n. 38. É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial. Aprovada em Sessão Plenária de 11 de março de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 55, p. 1, 20 mar. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Direito Constitucional e do Consumidor. Recurso extraordinário interposto sob a égide do CPC/2015. Representação de inconstitucionalidade. Lei nº 6.058/2016 do Município do Rio de Janeiro. Alegação de ofensa aos arts. 24, VIII, e 30, II, da Constituição da República. Consumidor. Competência concorrente. Consonância da decisão recorrida com a jurisprudência cristalizada no Supremo Tribunal Federal. Agravo manejado sob a vigência do CPC/2015. Recurso Extraordinário [RE] 1173617 AgR. Relatora: Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 12/04/2019. Publicado no DJe-083, divulgado em 22/04/2019 e publicado em 23/04/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 1210002. Reiteração da tese do recurso inadmitido. Subsistência da decisão agravada. Consumidor. Leis estaduais 7.872/2002 e 680/2002. Controvérsia infraconstitucional local. Incidência da Súmula 280/STF. Agências bancárias. Tempo de espera. Interesse local. Precedentes. Tema 272 da repercussão geral. Agravo a que se nega

provimento, com aplicação de multa. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo [ARE] 1210002 AgR. Relator: Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgado em 05/11/2019. Publicado no DJe-250, divulgado em 12/11/2019 e publicado em 18/11/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de Inconstitucionalidade nº 5940. Lei nº 10.690/2017 do Espírito Santo. Obrigação de identificar funcionários que prestam serviços no domicílio do consumidor. Relação de consumo. Competência legislativa concorrente. Artigo 24, V e VIII, da Constituição da República. Pedido julgado improcedente. Relator: Gilmar Mendes. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin. Julgado em 06/12/2019. Publicado no Dje-019, em 31/01/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4740, Mato Grosso do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Estadual 3.749/2009 do Mato Grosso do Sul. Relação de consumo. Competência legislativa concorrente. Artigo 24, V e VIII, da Constituição da República. Lei geral da União. Julgada procedente. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2020, processo eletrônico DJe-047 Divulgado em 05/03/2020 Publicado em 06/03/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Competência legislativa municipal. Proteção ao consumidor. Exibição de painel com a divulgação dos preços dos combustíveis. Interesse local. Agravo a que se nega provimento. Recurso Extraordinário [RE] 188853 SP 2151134-68.2018.8.26.0000. Relator: Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Data de Julgamento: 05/08/2020. Data de Publicação: 13/08/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça. Postos de combustíveis. Composição de preço. Direito à informação. Relação de consumo. Direito do consumidor. Competência legislativa suplementar. Artigo 30, I e II, da Constituição da República. Interesse local. Decisão recorrida que se amolda à jurisprudência do STF. Desprovimento do agravo regimental. Recurso Extraordinário [RE] 1378744 RN. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma. Data de Julgamento: 13/02/2023. Publicado no PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032, divulgado em 22/02/2023 e publicado em 23/02/2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. São Paulo: Forense, 2022.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 44. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm; São Paulo: Malheiros Editores, 2022.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**FAKE NEWS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NA AMÉRICA LATINA:
ESTUDO DE DIREITO COMPARADO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O
CONCEITO DE FAKE NEWS**

**FAKE NEWS IN THE INFORMATION SOCIETY IN LATIN AMERICA: A STUDY
OF COMPARATIVE LAW AND ITS IMPLICATIONS FOR THE CONCEPT OF
FAKE NEWS**

Daniela Bucci Okumura¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4276-4047>

Submissão: 07/01/2025

Aprovação: 19/03/2025

RESUMO:

O presente artigo pretende analisar o tratamento normativo que os países da América Latina atribuem às denominadas *fake news*, com o objetivo de identificar o conceito de *fake news* estabelecido na legislação dos países, bem como, identificar quais as soluções usadas para coibir o uso de *fake news* e se estão em harmonia com os direitos humanos, considerando o direito à liberdade de expressão necessária à democracia. O método utilizado foi o dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: *Fake news*. Liberdade de Expressão. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the normative treatment that Latin American countries attribute to so-called fake news, with the aim of identifying the concept of fake news established in the

¹ Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Integrante do Programa de Pós-Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora do Observatório de Violação dos Direitos Humanos da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (ODHUSCS). Coordenadora do subgrupo das cortes internacionais de direitos humanos do Núcleo de Estudos dos Tribunais Internacionais (NETI-USP). Professora do PPGD da Faculdade Autônoma de São Paulo (Mestrado e Doutorado). Bolsista FUNADESP. E-mail: daniela.bucci.db@gmail.com - Ark:/80372/2596/v16/007

legislation of the countries, as well as identifying which solutions are used to curb the use of fake news and whether they are in harmony with human rights, considering the right to freedom of expression necessary for democracy. The method used was deductive.

KEYWORDS: Fake news. Freedom of expression. International human rights law.

1. INTRODUÇÃO

Não há a menor dúvida de que *fake news* têm protagonizado alguns dos principais debates no Brasil e no mundo nos últimos anos, especialmente durante os períodos eleitorais. Se, de um lado, a liberdade de expressão e de informação é essencial em uma democracia, as *fake news* têm sido entendidas como um transbordamento do exercício da liberdade de expressão, constituindo um verdadeiro ataque à democracia e seus processos democráticos.

Apesar de reconhecido o *preferred position* da liberdade de expressão em relação a outros direitos humanos por diversos países, como também pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos (BUCCI, 2018), bem como a necessidade de uma liberdade de expressão robusta nas sociedades democráticas, o exercício desse direito possui limites, não é absoluto.

Assim, a divulgação de informações ou notícias consideradas falsas não estão acobertadas pelo direito à liberdade de expressão, que tem como uma de suas facetas, não apenas o direito de expressar, informar, mas também o direito de cada um receber informação.

Um dos grandes desafios, no entanto, é saber quais informações podem ser consideradas falsas e quais informações estão acobertadas pela proteção conferida à liberdade de expressão e informação.

Assim, propomo-nos com este trabalho investigar qual o tratamento normativo que os países da América Latina atribuem às chamadas *fake news*, visando a identificar o conceito de *fake news* estabelecido na legislação dos países, bem como, a identificar quais as soluções usadas para coibir o uso de *fake news* e se estão em harmonia com os direitos humanos aplicáveis, considerando o direito à liberdade de expressão necessária à democracia.

O método utilizado foi o dedutivo para identificar, nestas análises, o que são *fake news*, e quais limitações à liberdade de expressão foram aplicadas pelos estados cujas leis foram analisadas.

2. FAKE NEWS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO, SOCIEDADE TECNOLÓGICA (OU DA INFORMAÇÃO), E A DEMOCRACIA APTA A SE DEFENDER À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

Há uma íntima relação entre democracia e direitos humanos (CLAPHAM; MARKS, 2005). A liberdade de expressão é extremamente importante no contexto democrático (BUCCI, 2018). Essa relação pressupõe que todas as ideias e informações estão protegidas pela liberdade de expressão, inclusive as que inquietam, as que divergem e as que desagradam, em razão notadamente do pluralismo que faz parte das sociedades democráticas² (MORAES, 2021; KOATZ, 2011).

Nesse sentido, destacam-se os dispositivos internacionais presentes nos tratados e convenções internacionais, bem como as decisões proferidas pelas cortes internacionais de direitos humanos (BUCCI, 2018) e órgãos internacionais de direitos humanos, tais como o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) reconhecem o direito à liberdade de opinião e expressão, garantindo o direito de procurar, receber e difundir informações, ideias e pensamentos por qualquer meio. No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, também consagra a liberdade de expressão como direito fundamental.

Por outro lado, a própria Constituição estabelece limites³ ao exercício da liberdade de expressão. Assim, ao se considerar a íntima relação dos direitos humanos e

² Nessa linha, também ensina Moraes que “No âmbito da Democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas pelos órgãos estatais ou a suposta verdade das maiorias, mas sim garante as diferentes manifestações e defende todas as opiniões ou interpretações políticas conflitantes ou oposicionistas, que podem ser expressadas e devem ser respeitadas, não porque necessariamente são válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático” (MORAES, 2024).

³ Admitindo-se que os direitos fundamentais não são absolutos, comportariam limites externos ou internos. Vide (SILVA, 2009 e ALEXY, 2008).

democracia, a liberdade de expressão precisa ser protegida no contexto da existência de outros direitos, cuja proteção também é essencial em uma sociedade democrática, como por exemplo, o direito à privacidade, intimidade e à imagem⁴.

Desse modo, a Constituição Federal restringe o exercício da liberdade de expressão ao vedar o anonimato⁵, por exemplo, e ao estabelecer direito de resposta e prever indenizações de caráter moral, material e à imagem⁶, em caso de abusos. Como se pode verificar, o direito à liberdade de expressão não é absoluto, embora esteja amplamente protegido, não podendo sofrer restrições de “natureza política, ideológica e artística”, nos termos da Constituição Federal de 1988⁷.

Não obstante a proteção conferida à expressão da manifestação do pensamento, a Constituição também garante o acesso à informação, considerada uma das facetas da liberdade de expressão.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH), ao analisar o artigo 13 da CADH⁸, no âmbito da Opinião Consultiva 05/82, em que avaliou a obrigatoriedade ou não do diploma de jornalista para o exercício da profissão (CORTE IDH, 1985)⁹, conferiu duas dimensões à liberdade de expressão que devem ser protegidas concomitantemente: i) uma dimensão individual – ligada ao direito do indivíduo expressar suas ideias, opiniões e pensamento, e também ii) uma dimensão social – vinculada ao direito

⁴ Vide artigo 5º, X, da CF.

⁵ Vide art. 5º, IV, Constituição Federal. *In Verbis*: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁶ Vide art. 5º, V, Constituição Federal. *In Verbis*: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁷ Artigo 5º, IX, Constituição Federal. *In Verbis*: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁸ Artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH): *in verbis* - “Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente **não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores**, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo **exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência**, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia **ao ódio nacional, racial ou religioso** que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (nossos grifos). Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁹ Sobre o tema ler (CARVALHO RAMOS, 2002).

coletivo de receber informações e ideias (CORTE IDH, 1985, § 30). Assim, nos termos do artigo 13 da CADH, estão reconhecidos os direitos de falar, escrever (ou qualquer outro meio para expressar) e de difundir as próprias ideias, comunicando aos demais seus pontos de vista¹⁰, de um lado (dimensão individual); e, de outro, o direito de saber, conhecer esses pontos de vista, histórias e notícias (dimensão social) (CORTE IDH, 2001, § 65).

Nessa paradigmática interpretação da Corte, também foi reconhecido expressamente que “os meios de comunicação social devem estar abertos a todos, sem discriminação” (CORTE IDH, 1985, §§ 31-34), podendo ser previstas responsabilidades somente ulteriores em caso de abuso no exercício da liberdade de expressão¹¹ (CORTE IDH, 1985, §§ 35-36). Assim, “o pluralismo é a base da sociedade democrática e, em razão disso, a liberdade de expressão não pode ser restringida além das previsões estabelecidas pela própria Convenção Americana, ainda que para proteger a vontade ‘democrática’ da maioria” (BUCCI, 2018).

Mas como fica a situação das *fake news* nesse contexto de liberdade de expressão? O direito à informação abarcaria exclusivamente um direito a informações verdadeiras?

Alexandre de Moraes, ao tratar de liberdade à informação¹², afirma que “a proteção constitucional às *informações verdadeiras* também engloba aquelas eventualmente errôneas ou não comprovadas em juízo, desde que não tenha havido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador” (MORAES, 2022). Tal observação parece sugerir que o que caracteriza uma informação falsa não é sua correção, mas a *intenção do agente* que a divulga. Mas seria possível ter certeza sobre a intenção do agente? Uma informação verdadeira, mas divulgada com má-fé pelo agente, *em certos contextos* poderia ser considerada falsa? Será que a proteção da liberdade de expressão e informação estaria ligada exclusivamente ao *animus* do agente divulgador, independentemente da verdade dos fatos ou informações? Quem teria condições de julgar se determinada informação é *verdadeira* nos termos de Moraes?

¹⁰ A expressão e a difusão de informações “são indivisíveis, portanto, uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, uma limitação ao direito de livre expressão”. Corte IDH, 2001, §§63-65).

¹¹ *In verbis*: “13.2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹² A liberdade de expressão abarca interpretações amplas e multifacetadas, com múltiplas interpretações típicas de direitos poliédricos. Para Gisbert, a liberdade de expressão é vista como direito poliédrico. (GISBERT, 2005, p. 595).

André de Carvalho Ramos sob a perspectiva do Direito Eleitoral afirma que a Justiça Eleitoral brasileira precisa responder “(i) à contraposição da liberdade individual de expressão a um direito político coletivo à cidadania passiva e à proteção da lisura do pleito”, “(ii) à definição do que está efetivamente albergado sob o manto da liberdade de expressão” e “(iii) se a manipulação e a mentira encontram amparo nessa garantia” (CARVALHO RAMOS, 2021, POSFÁCIO).

Alguns *standards* já consagrados pelas cortes internacionais de direitos humanos ressaltam elementos importantes para o debate a respeito do conteúdo protegido pela liberdade de expressão e de informação e que poderiam auxiliar na construção de um conceito de *fake news*.

Sinteticamente, as cortes construíram a “teoria da base factual (ou fática) suficiente”, de modo a submeter a informação a dois testes: (a) a prova da verdade ou veracidade, e (b) a boa-fé. Com relação à prova da verdade, as cortes consideram que, se o interlocutor tinha conhecimento de que o “conteúdo transmitido era falso ou se, mesmo não tendo a certeza da veracidade, não tomou o cuidado suficiente”, a informação não passaria no primeiro teste (BUCCI, 2018).

Com relação ao segundo teste, verifica-se se o interlocutor agiu de boa-fé; se foi razoável na constatação da “confiabilidade da notícia ou das fontes – se havia *base fática* suficiente para se acreditar que a informação era verdadeira” (BUCCI, 2018).

Nesse sentido, nos casos *Castells v. Espanha*, *Dalban v. Romênia*, *Constantinescu v. Romênia*, a Corte Europeia traça sua teoria, distinguindo juízo de valor (cuja verdade não pode ser auferida) e juízo de fato. Vale dizer que no caso *Dichand*, a Corte entendeu que até mesmo um juízo de valor para que “não seja considerado excessivo e admita uma interferência proporcional¹³ por parte do estado, é preciso também estar assentado em uma base factual suficiente (ou seja, um juízo de valor sem qualquer respaldo em base fática também poderia ser contestado)” (BUCCI, 2018).

Outro aspecto importante que deverá ser analisado diz respeito aos meios de divulgação das *fake news* e aos impactos em relação a esses meios de divulgação. Atualmente, um grande ponto de convergência usado para sua identificação diz respeito ao uso de tecnologias para propagação de notícias falsas. Com a internet e as redes e mídias sociais, a

¹³ Interessante artigo (SILVA, 2002). Vide também (PEREIRA, 2006).

divulgação da informação é muito mais veloz e que atinge um número indeterminado de pessoas.

Apesar de todos os meios de divulgação da expressão e informação estarem igualmente protegidos (e isso inclui a internet!), não há dúvidas de que o espaço digital ampliou a “interação, exposição de ideias, e compartilhamento de informações”, de modo que “toda expressão ou informação gerada e compartilhada na internet ganha maior – e mais rápida – repercussão, seja ela positiva ou negativa” (CARVALHO RAMOS; BUCCI, 2021).

O reconhecimento pela Organização das Nações Unidas (ONU) do direito à internet como um direito humano reforçou a necessidade de se democratizar ainda mais o uso e o acesso da internet e das tecnologias, mas trouxe à baila diversos desafios decorrentes do uso dessas tecnologias, expondo, inclusive, problemas na criação de programas (*software*) que impactam direta e indiretamente as relações sociais. Assim se consolida a chamada sociedade da informação ou informacional (CASTELLS, 1999), que traz novos conceitos e *standards* com efeitos jurídicos, criados com incessantes inovações, que vão desde novas tecnologias e produtos ao desenvolvimento de inteligência artificial.

No caso das mídias e redes sociais, por exemplo, destacam-se não apenas sua capacidade de disseminação da informação, mas também o fato de que nelas se estabelece uma maior e mais interativa comunicação entre os usuários (CARVALHO RAMOS; BUCCI, 2021), constituindo terreno fértil para a disseminação de *fake news* e as chamadas “indústrias das *fake news*” no âmbito digital (CARVALHO RAMOS, 2021). Ademais, o uso de algoritmos condiciona e direciona as notícias falsas para determinadas pessoas e grupos de pessoas, influenciando seu comportamento e opiniões, inclusive políticas, colocando em risco a própria democracia (CARVALHO RAMOS; BUCCI, 2021).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar a respeito na ADPF 572 sobre notícias fraudulentas (e as “máquinas de *fake news*”) e de ataques ao STF, seus membros e familiares, bem como sobre os desafios que o tema impõe.

Conforme o ministro Ricardo Lewandowski, “não se pode esquecer que a divulgação sistemática de notícias inverídicas é capaz de violar o direito dos indivíduos e da sociedade de ser corretamente informada, inclusive para que possa tomar suas próprias decisões de maneira livre e consciente” (STF, 2021). Como bem aponta a ministra Carmén Lúcia também em seu voto na ADPF 572, a “liberdade de expressão não pode ser o biombo para a criminalidade e para a impunidade” (STF, 2021).

Assim, como bem salienta André de Carvalho Ramos, essa fábrica de *fake news* usadas no ambiente político-institucional pode degradar a credibilidade da própria democracia (CARVALHO RAMOS, 2021).

3. FAKE NEWS: CONCEITO, REGULAÇÃO E ALTERNATIVAS DE ENFRENTAMENTO NO ÂMBITO DOS ESTADOS

3.1. FAKE NEWS NA DOUTRINA - CONCEITO

Interessante estudo realizado recentemente sobre como *fake news* é definido e como “circula” na internet, buscou demonstrar seu “funcionamento discursivo”, isto é, a associação verificada entre a “linguagem e a exterioridade” (SERAGLIO; BRESSANIN, 2022, p. 73-74).

A tradução literal do termo *fake news* em inglês para o português seria “notícias falsas”. Todavia, como explicam Seraglio e Bressanin, em princípio, essa tradução do termo poderia eliminar outros significados (2022, p. 68).

A partir do estudo do uso do vocábulo na sociedade contemporânea na internet, Seraglio e Bressanin destacam que “o uso do verbete está relacionado ao campo político da desinformação e da ignorância, de uma prática criminosa a ser combatida. Ou seja, não se coloca em questão a historicidade (a palavra), o modo de funcionamento da língua” (2022, p. 69). Destacam ainda os autores que as definições do termo encontradas destacam os efeitos no âmbito político e parecem querer “estabilizar os sentidos de *fake news* como boato, mentira, lorota” especialmente “no que se refere à força de notícias falsas, uma vez que tal propagação e disseminação das *fake news* podem influenciar opiniões e ‘afetar os resultados eleitorais’” (2022, p. 72).

Mas seriam somente as notícias falsas que estariam abarcadas pelo termo *fake news*?

A palavra “desinformação” também tem aparecido constantemente nos debates sobre *fake news*. Na União Europeia, a desinformação tem sido entendida como “informações comprovadamente falsas ou enganosas” com intuito de “ganho econômico ou para enganar intencionalmente o público e que pode causar danos públicos”, cujo “risco de danos inclui ameaças aos processos e valores políticos democráticos” (COLOMINA, SÁNCHEZ MARGALEF E YOUNGS, 2021, p. 4).

Conforme Colomina, Sánchez Margalef e Youngs, são diversos aspectos que motivam a propagação da desinformação, como por exemplo, “econômico, por questões de reputação ou políticos e agendas ideológicas¹⁴” que podem ser intensificados dependendo do modo com o qual os “diferentes públicos e comunidades recebem e se envolvem” (2021, p. 4).

Colomina, Sánchez Margalef e Youngs destacam que, além dos fatores que motivam a propagação da desinformação, outros caracterizam os fenômenos da desinformação e da propaganda – que é outro termo que aparece no contexto da desinformação: i) pela formação: “criada para ser falsa ou manipulada ou enganosa (desinformação) ou cujo conteúdo utiliza técnicas de persuasão antiéticas (propaganda)”; ii) pelo intuito de causar “insegurança, destruir a coesão ou incitar a hostilidade, ou perturbar diretamente os processos democráticos”; iii) com relação ao que diz respeito “à temas de interesse público”; e iv) que “utiliza frequentemente técnicas de disseminação automatizadas para amplificar o efeito da comunicação” (2021, p. 4).

Destacam Colomina, Sánchez Margalef e Youngs que, para compreender o significado desses termos, é preciso destacar também que, na língua inglesa, aparecem três termos similares, mas que precisam ser diferenciados: *mis-information*, *des-information* e *mal-information*¹⁵. Os pontos fulcrais para se analisar o conceito dos referidos termos seria identificar se há ou não a intenção de prejudicar ou lucrar (COLOMINA, SÁNCHEZ MARGALEF E YOUNGS, 2021, p. 4).

Colomina, Sánchez Margalef e Youngs analisam as diferenças dos termos e explicam que *misinformation* trata do compartilhamento de informações, mas sem a intenção de prejudicar; *desinformation* trata da informação conscientemente compartilhada para causar dano e *má-informação* trata de informações genuínas que são compartilhadas para causar dano, como por exemplo o vazamento de determinadas informações privadas durante eleições (2021, p. 5).

¹⁴ Conforme Sardo, “A disseminação de notícias falsas tem duas razões principais: as receitas publicitárias ligadas ao número das pessoas que acedem à informação e à estratégia ideológica e política da desinformação. Os perigos das notícias falsas não se limitam à difamação e ao discurso de ódio: a sobrecarga de informação pode desincentivar o “jornalismo de qualidade” e, paradoxalmente, este fenômeno pode acabar por frustrar o direito dos cidadãos de serem adequadamente informados. Ao informar corretamente o público, as notícias a mídia garante cobertura epistêmica aos indivíduos. Numa república democrática, os meios de comunicação social devem fornecer uma rede de crenças fiáveis ao público (2020, p. 445-446).

¹⁵ Cavaliere ensina que essa tripla categorização debatida no âmbito do Conselho da Europa conceituou diferentemente os termos em inglês: mis-, dis-, and mal-information. Com base nessa classificação, a definição compreenderia em “informações falsas, mas não prejudiciais, falsas e ‘conscientemente compartilhadas para causar danos’ e genuínas, mas ainda assim prejudiciais” (CAVALIERE, 2022).

Ao analisar a tripla categorização apresentada no Relatório Europeu, esclarece Cavaliere que se tratou de uma “categorização ampla o suficiente para incluir os tipos de conteúdo mais populares e influentes, como tuítes e memes, mas estreita o suficiente para excluir outras formas de expressão que provavelmente não merecem atenção regulatória, como a sátira”. Para o autor, essa categorização estabeleceu uma “mudança generalizada na linguagem”, pois outras instituições logo “adotaram terminologia semelhante, em alguns casos abandonando completamente a linguagem de ‘notícias falsas’” (CAVALIERE, 2022).

No Brasil, em princípio, não há distinção terminológica com relação à desinformação, muitas vezes relacionada simplesmente à notícias falsas, o que, como foi visto, *per se*, poderia causar uma série de confusões conceituais.

Assim, além do conteúdo da desinformação é preciso verificar também “como é distribuída e promovida nas redes sociais”, ou seja, somada à intenção de prejudicar ou lucrar que constitui característica da própria desinformação. Em geral, a desinformação é “acompanhada de estratégias e técnicas para maximizar a sua influência”, consideradas “estratégias de influência enganosas mais amplas” (COLOMINA, SÁNCHEZ MARGALEF E YOUNGS, 2021, p. 5). Nesse sentido, para que seja analisada a desinformação como uma propaganda seria preciso verificar quais seriam os *standards* usados pelas plataformas digitais a fim de identificar se determinada informação é verdadeira ou enganosa (CAVALIERE, 2022)¹⁶.

Esses desafios já têm sido enfrentados pelas plataformas digitais, tais como criação de contas falsas no *Facebook*, “manipulação de plataforma” no X (antigo *Twitter*) e as “campanhas coordenadas de operação de influência” informadas pela *Google* (COLOMINA, SÁNCHEZ MARGALEF E YOUNGS, 2021, p. 5).

A União Europeia tem buscado criar estratégias de “multicamadas” contra a desinformação. Desde 2018, a União Europeia criou uma série de diretrizes para impedir a disseminação da desinformação. Dentre eles, destacam-se o Código de Práticas sobre Desinformação criado em 2018 e revisado em 2022, o Plano de Ação contra a Desinformação, de 2018, o Plano de Ação para a Democracia Europeia, de 2020, a Proposta para uma Iniciativa sobre Maior Transparência em Conteúdo Político Patrocinado, de janeiro de 2021, e a Lei dos Serviços Digitais (a *dsa*) (CAVALIERE, 2022).

¹⁶ O autor analisa se a “estrutura antidesinformação emergente da UE pode marcar um afastamento da abordagem do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH, Tribunal Europeu ou Tribunal)” (CAVALIERE, 2022).

Essas estratégias incluem compromissos voluntários firmados por plataformas *online* como *Facebook*, *Google*, *TikTok* e *X* (antigo *Twitter*), a *Microsoft* (proprietária do mecanismo de busca *Bing*), a comunidade de *software* *Mozilla* e membros da indústria de publicidade que ao assinarem o Código de Práticas se comprometem a evitar a dissiminação da desinformação e a criar medidas específicas para desinformação em forma de mensagens publicitárias aliadas a atuação de outros atores que tragam indicadores de confiabilidade (CAVALIERE, 2022).

Para que um determinado anúncio ou propaganda seja publicado pelos signatários seria preciso estar “em conformidade com as políticas de publicidade em relação à desinformação”. Já as propagandas políticas precisariam ainda estar “claramente rotulados e distinguíveis como conteúdo pago” e os “patrocinadores devem ser identificáveis” (CAVALIERE, 2022).

Além da análise da palavra desinformação, outro aspecto relevante que chama a atenção é o conceito de falso atrelado ao termo notícia: notícia falsa.

Como bem esclarece Cavaliere, no âmbito europeu, os “*reporting errors*” (erros de denúncia) não estariam abarcados no conceito de notícia falsa, ou seja, “nem sátira, paródia ou notícias e comentários partidários claramente identificados” (CAVALIERE, 2022). A relação de falsidade e desinformação, de fato, estaria vinculado a três aspectos: i) “a falsidade da informação precisaria ser verificável ou a informação precisaria ser enganosa (as duas circunstâncias parecem ser alternativas, mas igualmente suficientes)”, ii) “os erros de denúncia” seriam insuficientes para “constituir falsidade” e iii) “as informações falsas incluem conteúdo que, de outra forma, seria legal” (CAVALIERE, 2022).

Resta saber se essas sutilezas terminológicas e interpretativas estão sendo contempladas pelas legislações que tratam de *fake news*.

3.2. FAKE NEWS NO DIREITO COMPARADO: REGULAMENTO E FERRAMENTAS DE COIBIÇÃO

Fake news é visto como fenômeno recente, especialmente em razão do uso digital para sua propagação¹⁷. Mas nem sempre foi assim.

¹⁷ Estudo recente do Oxford Internet Institute, baseado nos dados da *World Risk Poll* publicada pela *Lloyds Register Foundation* (foram realizadas entrevistas entre maio de 2019 a janeiro de 2020, com 154.195 participantes que vivem em 142 países) demonstrou que a desinformação está entre as maiores causas de preocupação para usuários da internet e das mídias sociais. Disponível em: <https://www.oii.ox.ac.uk/news->

O momento exato de sua aparição é incerto. Os denominados “rumores” já apareciam na Grécia Antiga, os “pasquinades” na Idade Média (SERAGLIO; BRESSANIN, 2022, p. 52) continham o significado mais próximo do que hoje entende-se por *fake news*, de propagar algum tipo de informação não verídica e com o intuito de levar insegurança ou medo. A desinformação e a propaganda – termos que costumam andar juntos –, “são tão antigas como o tempo”; no entanto, os reflexos de uma notícia falsa no contexto político, “elevou o nível de consciência pública sobre esta questão” (SARDO, 2020, p. 445).

Não obstante, foi com as eleições de 2016, nos Estados Unidos, disputadas entre Donald Trump e Hillary Clinton, que o termo passa a ganhar força nas redes sociais, gerando impactos quase trágicos naquele ano, com o famoso caso “Pizzagate” (SERAGLIO; BRESSANIN, 2022, p. 52). Em 2017, o termo foi eleito como a “palavra do ano” pelo Dicionário Collins, em razão do número expressivo de menções ao redor do mundo, especialmente no campo político (SERAGLIO; BRESSANIN, 2022, p. 53 e 64) reconhecendo-se o uso mundial da palavra. Para Seraglio e Bressanin, trata-se de um “fato de linguagem, um acontecimento, em que a palavra toma corpo ao ser usada no mundo inteiro, discursivamente, em dadas condições de produção” (2022, p. 53).

Com a pandemia e o conhecimento inexato sobre o coronavírus, notícias falsas e desinformações foram intensificadas e se alastraram pelas mídias sociais, razão pela qual muitos países passaram leis para criminalizar referidas condutas.

Como será analisado a seguir, os Estados passaram mais recentemente a regular a veiculação de notícias falsas.

3.3. ESTUDO DE DIREITO COMPARADO NOS PAÍSES SUBMETIDOS AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em busca de um conceito de *fake news*, vale analisar como diversos países estabelecem suas normativas. Como as conceituam em seus textos normativos e como as interpretam. Nessa etapa, serão levantados os conceitos de *fake news* indicados nos textos normativos principais dos países que fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, notadamente, daqueles que se submetem à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista a proximidade geográfica que esses países têm em relação ao Brasil,

[events/spread-of-disinformation-the-biggest-concern-for-internet-and-social-media-users-globally-finds-new-oxford-study/](#). Acesso em: 15 out. 2024.

bem como tendo em vista o vínculo jurídico firmado entre esses Estados, considerando-se que pertencem à Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁸. Considerou-se a repercussão dos projetos de lei dos países analisados, bem como a possibilidade de acesso às informações pela internet em sites governamentais e de organizações não governamentais.

Esse levantamento poderá ser útil para constatar como os países que, como o Brasil, se submetem ao mesmo sistema internacional de proteção de direitos humanos lidam com o conceito. Em seguida, munidos desse mapeamento, é possível ter-se mais clareza de como o tema poderá ser analisado pelo órgão judicial do Sistema Interamericano no futuro.

No âmbito interamericano, inúmeros países passaram a regular as *fake news* ou possuem projetos para regulamentá-las. A Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP), no entanto, posicionou-se notadamente contrapropostas de criminalização de *fake news*¹⁹. Em sua 76ª Assembleia, a SIP destacou que Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Nicarágua e Panamá aprovaram normas visando a reformas constitucionais e do Código Penal, criando inclusive agências de monitoramento para aplicar punições contra “informações maliciosas” que para ela violaria “vários aspectos da liberdade de imprensa e expressão”.

Serão analisados os dispositivos normativos (e projetos de lei) da Venezuela, Nicarágua, Bolívia, Argentina, Chile, Colômbia, El Salvador, Paraguai, Panamá, Peru, e Uruguai e México, observando-se as mudanças legislativas já realizadas e os projetos de lei em andamento que visam a regular a liberdade de expressão com relação ao tema e se existem nesses dispositivos analisados ferramentas alternativas ou complementares à regulação ou se já são por eles adotadas. Por último, será analisado o caso do Brasil para depois avaliar-se, de modo geral, como os países estão delimitando o tema para coibir a prática de propagação de notícias falsas, sem, contudo, deixar de garantir o direito à liberdade de expressão e informação.

3.4. LEIS RESTRITIVAS CONTRA *FAKE NEWS*

A Venezuela foi o primeiro país a criminalizar as *fake news*, em 2005, com a reforma da sua legislação penal. De acordo com o Código Penal Venezuelano, o artigo 297-A prevê prisão de dois a cinco anos para aquele que “por meio de informações falsas difundidas por quaisquer meios”, causar “pânico na comunidade ou mantê-la ansiosa”. Se o delito for

¹⁸ Sobre o assunto detalhado (CARVALHO RAMOS, 2022).

¹⁹ Disponível em: <https://en.sipiapa.org/notas/1214231-legal-restrictions-harm-freedom-of-the-press-and-expression-underlines-iapa-resolution>. Acesso em: 09 dez. 2024.

cometido por “um funcionário público, aproveitando o anonimato ou usando o nome para esse fim”, a pena será acrescida de um terço.

Outro país que alterou sua norma interna foi a Nicarágua. O país criou, em 2020, a Lei Especial de Crimes Cibernéticos (Lei 1042/2020). Muito criticada pelos opositores do governo e denominada por eles de “Lei da Mordaca”, prevê, em seu artigo 30, pena de dois a quatro anos de prisão para quem “com recurso às tecnologias de informação e comunicação, publicar ou difundir informação falsa e/ou distorcida que provoque alarme, medo, ansiedade na população, ou num grupo ou setor de alguém ou a sua família”. A lei aborda diversas questões que envolve o uso de tecnologias, possibilitando diversas interpretações restritivas à liberdade de expressão.

Nota-se que, em ambos os países, o que se pretende punir é a disseminação de “notícias ou informações falsas e/ou distorcidas” e que provoquem “medo, ansiedade, alarme, pânico” na população. Todos os termos sem conceito específico apresentado nos textos originais e que podem gerar uma gama incalculável de interpretações, interpretações essas que podem gerar restrições abusivas ao exercício da liberdade de expressão.

As notícias baseadas em fatos não parecem ser protegidas pelas legislações que tratam sobre o tema, assim com falta a definição expressa do conceito de “notícias falsas”. Além disso, os órgãos fiscalizadores, na maior parte das vezes, ficam concentrados nas mãos de governos, conforme estudo realizado recentemente²⁰ que aponta para esses desafios importantes.

Na Bolívia, em maio de 2020, foi promulgado o Decreto 4231²¹ que regulamentou outros decretos criados durante a pandemia, para criminalizar a conduta de difusão de informações de qualquer natureza²² que coloque em risco ou afete a saúde pública, gerando insegurança na população. Durante a pandemia, inclusive, muitos países adotaram medidas normativas semelhantes.

²⁰ Disponível em: <https://innovating.news/article/most-fake-news-legislation-risks-doing-more-harm-than-good-amid-a-record-number-of-elections-in-2024/>. Acesso em: 09 dez 2024.

²¹ O referido Decreto foi derogado, após críticas de diversos segmentos da sociedade civil e de órgão internacionais.

²² Disponível em: <https://bolivia.infoleyes.com/norma/7341/decreto-supremo-4231>. Acesso em: 09 dez 2024.

3.5. MONITORAMENTO E PROJETOS DE LEI DE CRIMINALIZAÇÃO DAS *FAKE NEWS*

Argentina criou, em 2020, o NODIO - Observatório de desinformação e violência simbólica em mídias e plataformas digitais, cuja função seria a de “proteger os cidadãos de notícias falsas, maliciosas e falácias” veiculadas na internet²³. O NODIO está vinculado à Defensoria Pública, que regula os meios de comunicação na Argentina, razão pela qual foi amplamente criticado. Parecido com o programa Verificado2018 de iniciativa do jornalismo colaborativo foi criado para combater desinformação e *fake news* durante às eleições do México de 2018. O programa mexicano recebeu dois prêmios: i) o de Excelência em Colaboração e Parcerias no *Online Journalism Awards* de 2018 e ii) o *World Digital Media Award* de Melhor Inovação para Engajar Públicos Jovens em 2019.

Chile, Colômbia, El Salvador, Paraguai, Panamá, Peru, e Uruguai possuem em comum projetos que visam a criminalizar as *fake news*.

No Chile, por exemplo, destacam-se dois projetos propostos que pretendem aplicar pena de prisão e multa para quem “difundir notícias falsas que perturbam a ordem social ou causam pânico na população”²⁴ e para quem disseminar “acusações, denúncias ou notícias que se refiram a fatos capazes de alterar a sinceridade do processo eleitoral”. Vale ressaltar que o projeto de lei chileno traz os três conceitos já abordados acima sobre dis-; mis- e mal-information²⁵.

Na Colômbia, a pressão social obrigou o legislador arquivar e alterar propostas que objetivavam regular a propagação de notícias falsas, inclusive no âmbito eleitoral. A proibição da configuração da chamada “violência política” que visava a coibir a difusão de “notícias falsas ou injuriosas” contidas nas propagandas eleitorais, foi excluído por ter sido criticada, pois foi vista como uma tentativa de se proibir “falar mal de políticos”. Outro projeto de 2017 que não prosperou versou sobre a proibição de criação de perfis falsos em redes sociais, com o intuito de disseminar *fake news*.

²³Disponível em: <https://defensadelpublico.gob.ar/llego-nodio-el-observatorio-de-la-desinformacion-y-la-violencia-simbolica/>. Acesso em: 09 dez 2024.

²⁴ Projeto 15256-07. Disponível em: <https://observatoriolegislativocele.com/pt/chile-pl-modifica-o-c%C3%B3digo-penal-para-punir-a-divulga%C3%A7%C3%A3o-de-not%C3%ADcias-falsas-ou-n%C3%A3o-confi%C3%A1veis-%E2%80%8B%E2%80%8Bque-causem-ou-possam-causar-alarme-p%C3%ABlico-por-autoridades-e-funcion%C3%A1rios-p%C3%ABlicos-n%C2%BA-1525/>. Acesso em: 09 dez 2024.

²⁵ Disponível em: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=16290&prmTIPO=INICIATIVA>. Acesso em: 09 dez 2024.

El Salvador e Paraguai têm buscado proteger a população de informações que causam “falso alarme” com leis mais restritivas que preveem prisão e multa. El Salvador quer alterar o seu Código Penal para estabelecer prisão de até cinco anos para aqueles que divulgarem “desastres, acidentes ou perigos inexistentes” e que causarem “alarme de autoridades ou pessoas particulares”. O projeto paraguaio visava a proibir a disseminação de informações falsas “intencional ou maliciosamente, por qualquer meio” que causassem “pânico na população, vinculadas a alerta epidemiológico, ou declaração de emergência sanitária”. O projeto proposto durante a pandemia, sofreu inúmeras críticas e foi retirada de pauta.

No Panamá, Peru e Uruguai foram apresentados projetos no âmbito eleitoral, prevendo prisão de 1 a 2 anos, no caso do Panamá; de até dois anos, no Peru e, de até quatro anos, no Uruguai. Os projetos visavam a punir a divulgação de “desinformação” (Panamá) ou notícias falsas (Peru e Uruguai) nas propagandas eleitorais. No Peru a proibição está voltada às informações veiculadas “de forma deliberada, artificial, automatizada e/ou massiva através de um canal de comunicação massivo ou rede social”. No Uruguai, as informações proibidas versavam inclusive a respeito de “palavras escritas, canções, símbolos, imagens, gravações ou vídeos, que enganam os eleitores”. Somente no Uruguai o projeto foi descontinuado. Nos demais, os projetos ainda estão em discussão.

Assim, como foi possível observar, *fake news* nas legislações dos estados mencionados correspondem à vedação da difusão de “informações falsas” e/ou “distorcidas” que provoque alarme, medo, ansiedade na população, pânico, insegurança e que perturbam a ordem social. Com exceção do Chile que, como vimos, traz distinção entre as categorias *dis-*, *mis-* e *mal-information*, nos demais casos o conceito é superficial, vago e, ainda, ligado à situações ainda mais amplas, sem fazer menção expressa à necessidade de existir intenção do agente em disseminar notícias deliberadamente falsas.

3.6. BRASIL E *FAKE NEWS*

No Brasil, existem inúmeros projetos de lei em andamento²⁶. Um dos mais importantes e que já foi aprovado pelo Senado Federal em julho de 2024 é o que cria a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, também denominada

²⁶ Dentre os quais destacam-se os projetos nos. 215/2015, 6812/2017, 7604/2017, 9532/2018, 9533/2018, 7072/2017, 9931/2018, 1589/2015, 9554/18 etc.

Lei das *Fake News* (PL 2630/2020), ao lado de outras leis que já regulam o exercício abusivo da liberdade de expressão, como o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).

O objetivo da lei é combater a disseminação de informações falsas na internet através da regulação das grandes plataformas de redes sociais, com mais de dois milhões de usuários, como *Facebook* e *Twitter*, e de serviços de mensagens privadas, como *Whatsapp*, responsabilizando os provedores nos casos de propagação da desinformação e outras condutas. A lei inclusive conceitua desinformação como “conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial de causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia”, mas também não deixa claro quem será responsável para fiscalizar as condutas.

O projeto tem sido amplamente criticado. A Nota Técnica realizada pelo Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN, 2020), bem como a Nota Técnica apresentada pelo Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI, 2020) da Fundação Getúlio Vargas (FGV), por exemplo, alertam para diversos aspectos notadamente voltados à “imprecisão” dos conceitos e as lacunas existentes na lei que podem gerar severas violações à liberdade de expressão, bem como ao direito de privacidade, com relação à proteção de dados. Um aspecto relevante é a falta de diferenciação ou exceção com relação aos agentes “mal-informados” ou “erros jornalísticos”, sem a intenção divulgar a desinformação que não recebem tratamento diferenciado na lei (CEPI, 2020).

Atribuir a responsabilidade aos provedores já parece estar no radar do legislador brasileiro. Assim como o projeto de lei mencionado acima, em 2024 também, na tentativa de regular as eleições ocorridas no país, o Tribunal Superior Eleitoral emitiu a Resolução nº 23.732, de 27 de fevereiro de 2024. A referida norma veda a priorização paga de conteúdos que, dentre outros aspectos, “difunda dados falsos, notícias fraudulentas ou fatos notoriamente inverídicos ou gravemente descontextualizados, ainda que benéficas à usuária ou a usuário responsável pelo impulsionamento”²⁷. Veda igualmente o “uso de ferramentas tecnológicas para adulterar ou fabricar áudios, imagens, vídeos, representações ou outras

²⁷ Conforme o § 7º-B, da Resolução: “É vedada a priorização paga de conteúdos em aplicações de busca na internet que: I - promova propaganda negativa; II - utilize como palavra-chave nome, sigla, alcunha ou apelido de partido, federação, coligação, candidata ou candidato adversário, mesmo com a finalidade de promover propaganda positiva do responsável pelo impulsionamento; III – ou difunda dados falsos, notícias fraudulentas ou fatos notoriamente inverídicos ou gravemente descontextualizados, ainda que benéficas à usuária ou a usuário responsável pelo impulsionamento.”

mídias destinadas a difundir fato falso ou gravemente descontextualizado sobre candidatas, candidatos ou sobre o processo eleitoral” (art. 10, § 1º).

Como se vê, o debate sobre o papel dos provedores de internet para excluir de *motu proprio* “conteúdo potencialmente desinformativo” (CEPI, 2020) tem incomodado os especialistas no assunto trazendo à tona diversos questionamentos, notadamente no que diz respeito ao *overblocking* (CEPI, 2020), plataformas agindo como tribunais privados (TAVARES, 2020) etc.

3.7. OUTRAS FERRAMENTAS CONTRA AS *FAKE NEWS*: PARCERIAS DE COLABORAÇÃO COM AS EMPRESAS DE MÍDIA SOCIAL, PACTOS DE ÉTICA PARTIDÁRIA E EDUCAÇÃO MIDIÁTICA

Muitos países, dentre os quais o Brasil, têm firmado parcerias de colaboração com as empresas de mídia social, que abarca treinamentos (Facebook) de monitoramento de plataformas (México) e ampliação de informações oficiais governamentais (Argentina), criação de *chatbox* oficial do tribunal no *Whatsapp* para que as pessoas possam encaminhar postagens duvidosas diretamente aos funcionários do TSE e, ainda, a coleta de informações sobre contas de mídia social suspeitas de espalhar mensagens em massa (*Facebook*), além da marcação dos locais de votação (*Google Maps*), dentre outros²⁸.

4. CONCLUSÃO

Como foi analisado, o presente estudo mostra como os Estados têm regulado a *fake news*. Em princípio, podemos destacar que as principais críticas versam sobre a falta de clareza do conceito de *fake news* na legislação ou nos projetos em andamento no âmbito dos estados, cujas leis foram estudadas.

²⁸ Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Setembro/tse-lanca-canal-oficial-verificado-no-whatsapp>. Acesso em: 09 dez 2024; Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imagens/imagens/tre-ma-locais-de-votacao-no-google-maps/view>. Acesso em 09 dez 2024.; Disponível em: https://www.tse.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/arquivos/assinatura-de-acordos-plataformas-digitais/memorando-tse-e-facebook/@/@/download/file/MoU%20TSE_FB%20%281%29.pdf. Acesso em: 09 dez 2024.

Nota-se que em ambos os países, o que se pretende punir é a disseminação de “notícias ou informações falsas e/ou distorcidas” e que provoquem “medo, ansiedade, alarme, pânico” na população, considerando qualquer meio no qual as notícias podem ser propagadas.

Como vimos nos casos da Venezuela e Nicarágua, a inexistência de um conceito claro e específico, inclusive no que diz respeito ao que se pretende proteger, pode gerar abusivas ao exercício da liberdade de expressão. As notícias baseadas em fatos não foram contempladas no âmbito de proteção das referidas leis. Assim como no caso da Bolívia, cujo regulamento realizado na época da pandemia, visa a coibir a divulgação de informação “de qualquer natureza que coloque em risco ou afete a saúde pública, gerando insegurança na população”, contendo termos de ampla interpretação.

Nos demais projetos de lei analisados, a dificuldade de interpretação recai sobre situações como a difusão de “notícias falsas que perturbam a ordem social ou causam pânico na população”²⁹ e para quem disseminar “acusações, denúncias ou notícias que se refiram a fatos capazes de alterar a sinceridade do processo eleitoral”. A divulgação de “desastres, acidentes ou perigos inexistentes” e que causarem “alarme de autoridades ou pessoas particulares” também têm sido objeto de leis restritivas à liberdade de expressão e compreendidas no contexto de *fake news*.

No âmbito eleitoral, os projetos, como no Panamá e Peru, preveem punições que abrangem casos de divulgação de “desinformação” ou notícias falsas nas propagandas eleitorais, observando informações veiculadas “de forma deliberada, artificial, automatizada e/ou massiva através de um canal de comunicação massivo ou rede social”.

A justificativa contida no âmbito dos projetos e leis versa majoritariamente na necessária restrição à liberdade de expressão para proteger a sociedade da insegurança, medo, ansiedade, alarme e pânico. Nota-se que com poucas exceções (como o do Chile, por exemplo), a regulamentação em geral não se faz distinção entre *dis-*; *mis-* e *mal-information*, inclusive no Brasil. No caso brasileiro, inclusive, as críticas se repetem com relação à falta de parâmetros claros e conceitos que deveriam estar regulados, cabendo ao intérprete delimitá-los em cada caso concreto, podendo, igualmente, gerar insegurança jurídica.

²⁹ Projeto 15256-07. Disponível em: <https://observatoriolegislativocele.com/pt/chile-pl-modifica-o-c%C3%B3digo-penal-para-punir-a-divulga%C3%A7%C3%A3o-de-not%C3%ADcias-falsas-ou-n%C3%A3o-confi%C3%A1veis-E2%80%8B%E2%80%8Bque-causem-ou-possam-causar-alarme-p%C3%BAblico-por-autoridades-e-funcion%C3%A1rios-p%C3%BAblicos-n%C2%BA-1525/>. Acesso em: 09 dez 2024.

Vale dizer que as alternativas aplicadas paralelamente às legislações contra as *fake news* pelos países também são objeto de críticas, já que em algumas situações cabe às plataformas a coleta e a avaliação dos textos considerados *fake news*.

Em uma sociedade democrática, é indubitável que não há lugar para propagação de mentiras ou falsidade de informações que podem produzir efeitos deletários e irreversíveis, especialmente quando estamos diante de uma sociedade da informação. No entanto, por outro lado, é a falta de clareza, de contornos precisos do que se entende por “desinformação” ou “notícias falsas” e suas variações, - e as quais se pretende coibir -, que pode solapar os fundamentos que embasam toda sociedade democrática, em nome de se proteger a própria democracia. Dentre esses fundamentos está a liberdade de expressão.

Vale lembrar que a liberdade de expressão e informação embora reconhecida como tendo *preferred position*, não é absoluta, de modo que os discursos que *prima facie* já não estão por ela protegidos (tais como discurso de ódio, discursos discriminatórios dentre outros), estão amplamente regulados, especialmente no Brasil.

A educação midiática e outros programas que objetivam ensinar os cidadãos e jovens a serem mais críticos sobre o conteúdo e a fonte da informação parecem ser uma alternativa viável e mais adequada a médio ou longo prazo, - especialmente diante do avanço das tecnologias -, para coibir a proliferação de notícias falsas e a desinformação, permitindo ao indivíduo ser o protagonista na avaliação da qualidade da informação que recebe ou que está exposto. Cabe ao Estado coibir os abusos, mas é necessário que ao fazê-lo, não cometa também excessos e asfixie o pluralismo, violando o exercício pleno da liberdade de expressão e da informação, tão caros em uma sociedade democrática.

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMATO, Lucas Fucci et al. **Fake news e eleições: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil**. Porto Alegre: Editora Fi. Disponível em: <https://www.editorafi.com/203fakenews>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BRASIL. Projeto de Lei 2630/2020. Lei das *Fake news*.

BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão: Limites Materiais**. 1a. ed. São Paulo: Almedina Brasil Ltda, 2018. 442p

CARVALHO RAMOS, André de. Defesa do Regime Democrático e a Dissolução de Partidos Políticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Org.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 01, p. 157-167. (livro todo)

CARVALHO RAMOS, André de. POSFÁCIO In: AMATO, Lucas Fucci et al. **Fake news e eleições: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil**. Porto Alegre: Editora Fi. Disponível em: <https://www.editorafi.com/203fakenews>. Acesso em: 19 nov. 2024.

CARVALHO RAMOS, André de . **A Convenção Americana dos Direitos Humanos e a exigência do diploma de jornalista**. Boletim dos Procuradores da República, v. 45, p. 03-12, 2002.

CARVALHO RAMOS, André de. Novos tempos, velho remédio? Os riscos da cláusula democrática na sistema interamericano de direitos humanos. **Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)**, v. 25, p. 5-31, 2020.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CARVALHO RAMOS, André de; BUCCI, Daniela. Direitos Humanos, Mídias Sociais e Democracia: Perspectivas de Direito Nacional e Internacional. In: **Temas de Direitos Humanos do VI CIDH Coimbra 2021**. César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) – Campinas / Jundiaí: Brasília / Edições Brasil, 2021, 811 p., p. 193-205.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8. ed., vol. 1. Paz e Terra: São Paulo, 2005.

CAVALIERE, Paolo. *The Truth in Fake News: How Disinformation Laws Are Reframing the Concepts of Truth and Accuracy on Digital Platforms*. **European Convention on Human Rights Law Review** 3 (2022) 481–523.

CEPI. Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação DA Fundação Getúlio Vargas (FGV). Nota Técnica. Alexandre Pacheco da Silva (Coord), 2020.

CLAPHAM, Andrew; MARKS, Susan. **International Human Rights Lexicon**. New York: Oxford University Press, 2005.

Colomina, Carme; Sánchez Margalef, Héctor e Youngs, Richards. *The impact of disinformation on democratic processes and human rights in the world (study requested by*

the DROI subcommittee on Human Rights). **European Parliament online**, 2021. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU\(2021\)653635_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU(2021)653635_EN.pdf). Acesso em: 10 nov. 2024.

CORTE IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva OC-5/85** del 13 de noviembre de 1985. Serie A no. 5.

CORTE IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C no. 73

GISBERT, Rafael Bustos. *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*. In: GARCÍA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 591-628.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**, 2011, p.398.

LAPIN. Laboratório de Políticas Públicas e Internet. Nota Técnica (2020).

MARKS, Susan; CLAPHAM, Andrew. **International Human Rights Lexicon**. New York: Oxford, 2005.

MORAES, Alexandre de. **O Direito Eleitoral e o Novo Populismo Digital Extremista: Liberdade de escolha do eleitor e a promoção da Democracia**. Tese de Titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 40. ed. revista, ampliada e atualizada com EC nº 128/22. São Paulo: Atlas, 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo:Atlas, 2021 (Coleção Temas Jurídicos:3).

OEA. Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e “Fake News”, Desinformação e Propaganda: Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&lID=2>. Acesso em 10 dez. 2024.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARDO, Alessio. Categories, Balancing, and Fake News: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights. In: **Canadian Journal of Law & Jurisprudence** XXXIII No.2 August 2020, 435-460.

SERAGLIO, Jucineia; BRESSANIN, Joelma Aparecida. Fake news: uma abordagem discursiva em dicionários online. In: *Líng. e Instrum. Linguíst.*, Campinas, SP, v. 25, n. 49, p. 50-79, jan./jun. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

TAVARES, André Ramos. **Constituição em Rede**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 16, n. 50, p. 53-70, jul./dez. 2022.



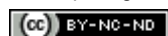
All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**VALIDADE DAS CARTAS PATENTES DOS OFICIAIS TEMPORÁRIOS DAS
FORÇAS ARMADAS – INJURIDICIDADES DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, II,
DO DECRETO Nº 12.375, DE 5 DE FEVEREIRO DE 2025**

**VALIDITY OF THE COMMISSIONING CERTIFICATES OF TEMPORARY
OFFICERS OF THE ARMED FORCES – LEGAL ISSUES PERTAINING TO THE
ART. 2nd, PARAGRAPH ONE OF ONE, SECTION II, OF THE DECREE Nº 12.375, OF
FEBRUARY, 5th, 2025**

Roque Antonio Carrazza¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3402-5276>

Submissão: 14/05/2025

Aprovação: 28/05/2025

RESUMO:

O art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375/2025, ao estatuir que as cartas patentes dos oficiais temporários das Forças Armadas somente são devidas “*enquanto permanecerem em serviço ativo*”, é, a um tempo, inconstitucional, por ir além da faculdade regulamentar (cf. art. 84, IV, da CF) e colidir com o disposto no art. 142, § 3º, I, VI e VII, da Carta Magna e, ilegal, porque afronta o art. 19, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.821/1972, e o art. 16, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.880/1980.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Princípio da legalidade. Faculdade regulamentar. Afronta aos arts. 84, IV e 142, § 3º, I, VI e VII, da Constituição Federal. Desconsideração dos arts. 19, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.821/1972, e 16, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.880/1980.

¹ Professor Emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Titular da Cadeira de Direito Tributário da sua Faculdade de Direito – Advogado e Consultor Tributário - Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Tributário pela PUC/SP – Chefe do Departamento das Relações Tributárias, Econômicas e Comerciais da PUC/SP – Titular da Cadeira Antonio Joaquim Ribas da Academia Paulista de Direito da qual é Ex-Presidente – Autor de diversas obras. E-mail: roquecarrazza@uol.com.br - Ark:/80372/2596/v16/008

ABSTRACT:

Article 2, Paragraph one of one, Section II, of Decree N°. 12.375/2025, by stipulating that the commissioning certificates of temporary officers of the Armed Forces are valid solely “*while they remain on active duty*”, is simultaneously unconstitutional, as it exceeds the boundaries of regulatory authority (cf. Article 84, IV, of the Federal Constitution) and conflicts with the provisions of Articles 142, § 3, I, VI, and VII, of the Federal Constitution. Furthermore, it is unlawful, as it contravenes Article 19, *caput* and §§ 1 and 2, of Law N°. 5.821/1972, as well as Article 16, *caput* and § 1, of Law N°. 6.880/1980.

KEYWORDS: Constitutional Law. Principle of Legality. Regulatory Authority. Violation of Articles 84, IV, and 142, § 3, I, VI, and VII, of the Federal Constitution. Disregard for Articles 19, *caput* and §§ 1 and 2, of Law N°. 5.821/1972, and Article 16, *caput* and § 1, of Law N°. 6.880/1980.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A supremacia da Constituição Federal. 3. As limitações da faculdade regulamentar. 4. As injuridicidades do art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375/2025. 5. Modos de ilidir os injurídicos efeitos do art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375/2025. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The supremacy of the Federal Constitution. 3. The limitations of the regulatory power. 4. The unlawful effects of art. 2, sole paragraph, II, of Decree no. 12,375/2025. 5. Ways to avoid the unlawful effects of art. 2, sole paragraph, II, of Decree no. 12,375/2025. 6. Conclusions. 7. Bibliography.

1. INTRODUÇÃO

Demonstraremos, neste artigo, as inconstitucionalidades e ilegalidades do art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375, de 6 de fevereiro de 2025, que estabelece que as

cartas patentes dos oficiais temporários das Forças Armadas somente são devidas “*enquanto permanecerem em serviço ativo*”.²

Para tanto, num primeiro momento, teceremos breves considerações sobre (i) a supremacia da Constituição Federal e, (ii) as limitações da faculdade regulamentar.

Ato contínuo, com base nas conclusões a que tivermos chegado, analisaremos o supracitado dispositivo infralegal, para, a final, apontar os modos de ilidir seu injurídico efeito.

2. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal ocupa, dentro do ordenamento jurídico, posição sobranceira, dando *fundamento de validade* aos atos emanados dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Encimando a *pirâmide jurídica*, consagra grandes princípios, que interferem em todas as manifestações normativas estatais.

Acrescentamos, a propósito, que o nosso ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas dispostas escalonadamente, de tal sorte que as superiores dão validade às inferiores, que, por isso, não as podem contrariar. Deveras, das normas criadas por particulares (os *contratos*) às constitucionais, forma-se aquilo que se convencionou chamar de “*pirâmide jurídica*”. Nela, as normas jurídicas ordenam-se segundo uma relação sintática, pela qual as inferiores recebem *respaldo de validade* daquelas que as encimam, até o patamar máximo que é o constitucional.

Era precisamente isso que Kelsen queria significar quando apregoava que “... o *fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma*”.³

Portanto, as normas subordinadas devem guardar harmonia com as superiores, sob pena de deixarem de ter validade, no ordenamento jurídico. Assim, o ato interno da Administração (portaria, instrução, norma administrativa etc.) deve buscar *fundamento de validade* no decreto; este, na lei; aquela na Constituição. Caso, por exemplo, o ato interno contrarie o decreto ou, este, entre em testilhas com a lei, ninguém poderá ser compelido a

². Nos termos do art. 3º, § 1º, II, da Lei nº 6.880/1980 (com a redação dada pela Lei nº 13.954/2019), oficiais temporários são aqueles “...*incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar, obrigatório ou voluntário, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar ou durante as prorrogações desses prazos*”. Obviamente, esse dispositivo infralegal alcança também os oficiais da reserva não remunerada (oficiais R/2) das Forças Armadas.

³. *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., vol. II, trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado Editor, Sucessor, 1.962, p. 2.

observá-los, porquanto estarão “*fora*” da supramencionada “*pirâmide jurídica*”. O mesmo se pode dizer da lei, se em descompasso com a Constituição.

É dentro desse quadro, que deve ser considerado o decreto que veicula um regulamento.

3. AS LIMITAÇÕES DA FACULDADE REGULAMENTAR

I- O exercício da faculdade regulamentar está todo ele submetido ao *princípio da legalidade*. Dito de outro modo, a lei é o fundamento da faculdade regulamentar, levada a efeito basicamente por meio da expedição de decretos,⁴ por isso mesmo, decretos regulamentares. De fato, por força do disposto nos arts. 5º, II e 84, IV, da Constituição Federal, o decreto regulamentar sujeita-se ao *princípio da legalidade*, somente podendo ser editado para executar alguma lei, ou seja, para permitir que seja bem cumprida. Nessa medida, detalha o comando legislativo, facilitando sua aplicação aos casos concretos.

II- Pelo menos duas razões justificam a existência do regulamento; a saber: *a)* o natural distanciamento do legislador dos casos concretos; e, *b)* a imperiosa necessidade de flexibilizar a lei, de modo a ajustá-la às peculiaridades da vida prática. Não por outro motivo, aliás, os regulamentos são fundamentais à condução da Administração Pública.

Entretanto, dados os limites conferidos pelo Texto Constitucional à competência regulamentar, é vedado aos regulamentos ultrapassar as fronteiras da lei a que estão jungidos.

Realmente, se é certo que a lei não pode tudo prever, menos certo não é que o regulamento deve, apenas, estabelecer os pormenores necessários para lhe assegurar a fiel execução.⁵

Ocupa, pois, o regulamento posição intermediária entre a lei, com seus ditames abstratos, e o ato administrativo, com seus efeitos concretos. De qualquer modo, não pode substituir a lei;

⁴ Os auxiliares imediatos do Chefe do Executivo (Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários do Distrito Federal e Secretários Municipais) também possuem a faculdade regulamentar, exercitável, dentro dos limites de suas pastas, por meio de *instrução* (cf. art. 87, parágrafo único, II, da CF).

⁵ Como, porém, execução é mais do que simples *cumprimento automático* de comandos alheios, não se pode chegar ao exagero de dizer que o regulamento não altera, de algum modo, a ordem jurídica. É claro que, para dar operatividade à lei a que se refere, deve agregar-lhe algo. Ao fazê-lo, no entanto, não lhe é dado suprimir a lei, nem, muito menos, limitá-la ou retificá-la; deve, apenas, revesti-la da normatividade necessária para que seja bem aplicada, aos casos concretos.

muito menos, suspender ou dispensar sua observância. Pelo contrário, deve limitar-se a detalhar o comando legal.

III- Assim, a lei, do ponto de vista formal, figura acima do regulamento, motivo pelo qual este deve limitar-se a complementá-la, sem, contudo, se afastar de seus parâmetros. Não pode, pois, contrariá-la, nem restringir, corrigir ou ampliar suas disposições.

Por maioria de razão, o regulamento deve estrita obediência à Constituição, sendo-lhe vedado ingressar nas áreas que esta reservou à lei.

De conseguinte, se o regulamento contrariar uma lei será ilegal; se entrar em relação direta com a Constituição, violando-a em qualquer de seus preceitos, estará eivado de inconstitucionalidade.⁶ Num caso, ou noutro, será nulo de pleno direito.⁷

IV- O que se pretende significar, com tais asserções, é que se mostram juridicamente improsperáveis⁸ os regulamentos autônomos (*independentes de lei*), os quais, inclusive, como nota José Joaquim Gomes Canotilho,⁹ contrastam com o próprio *princípio democrático*, já que não possuem apoio legal. Pelo contrário, passam ao largo da ação do Poder Legislativo, que representa, de modo mais direto, o povo.

V- Na realidade, os únicos regulamentos válidos em nosso direito são os *executivos* (ou *de execução*), em face do que determina o art. 84, IV, da Constituição Federal (“*competete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”¹⁰).

Por tais razões, o *regulamento executivo* é também chamado de *subordinado* ou *complementar*, para pôr em destaque o princípio formal da hierarquia normativa existente entre ele e a lei. Esta, o precede e lhe dá *respaldo de validade*, de tal sorte que seus aplicadores o devem desconsiderar, se estiver em desacordo com os ditames legais. Isso

⁶. Tal foi a posição do Min. Décio Miranda, do Supremo Tribunal Federal; *verbis*: “*Sempre entendi que o regulamento contrário à lei é ilegal, não sendo necessário declarar que é inconstitucional. É verdade que às vezes se tem declarado a inconstitucionalidade de regulamentos, mas não porque ofendam a lei – é que, sem lei nenhuma que os preceda, ofendem a Constituição*” (voto no RE 93.545-SP, RTJ 99/1.366).

⁷. A declaração de nulidade do regulamento fulmina-o com efeitos *ex tunc*, isto é, desde quando foi editado.

⁸. Salvo melhor juízo, é inconstitucional a EC nº 32/01, na parte que deu nova redação ao art. 84, VI, da Carta Magna, permitindo que o Presidente da República disponha, mediante decreto autônomo, sobre assuntos internos da Administração Federal.

Sem embargo de respeitáveis opiniões em sentido contrário, tal “*autorização*” amesquinha o princípio da legalidade e, por via de consequência, afronta a autonomia e a independência do Poder Legislativo.

De qualquer modo, o assunto passa ao largo do objeto deste mandado de segurança.

⁹. *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 5ª ed., 1991, pp. 807/8.

¹⁰. Grifamos.

porque a lei – desde que, é claro, não fira a Constituição – é ato inicial, incondicionado e incontestável, ao passo que o regulamento é ato subsequente, condicionado e contestável.

VI- Destarte, não é permitido ao regulamento executivo inovar originariamente a ordem jurídica. Pelo contrário, deve guardar *relação de conformidade* com a lei, aproximando-a do mundo real e, com isso, tornando-a mais facilmente aplicável aos casos concretos.

Em resumo, enquanto as leis têm por escopo declarar o Direito, os regulamentos executivos visam a efetivar o que nelas se encontra abstratamente posto.

VII- Nessa linha, esclarece luminosamente Celso Antônio Bandeira de Mello, que o regulamento executivo especifica “*os comandos já abrigados virtualmente na lei, isto é, compreendidos na abrangência de seus preceptivos*”.¹¹

Acerca do assunto, também tivemos a oportunidade de nos pronunciarmos; *verbis*:

“O regulamento, dentro da ‘pirâmide jurídica’, está abaixo da lei. Logo, não a pode nem ab-rogar, nem modificar. Deve, sim, submeter-se às disposições legais, inspirando-se em suas diretivas, sem as contrariar. Se infringir ou extrapolar a lei será nulo”.¹²

Dito de outro modo, o regulamento, em nosso sistema jurídico, não pode ser nem *contra legem*, nem *praeter legem*, nem *ultra legem*, nem *extra legem*, mas, apenas, intra legem e secundum legem.

De fato, o Executivo, no exercício de sua faculdade regulamentar, não deve, em nenhum caso e sob qualquer pretexto, invadir a esfera de atribuições do Legislativo, contrariando uma lei, ou, pior, fazendo-lhe as vezes. Apenas lhe é permitido aumentar o grau de concretização de seus comandos.

¹¹. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 90.

¹². *Curso de Direito Constitucional Tributário*, JusPodivum-Malheiros, São Paulo, 36ª edição, 2025, p. 340.

VIII- Portanto, o regulamento prepara a execução da lei, completando-a em seus detalhes, sem, no entanto, lhe alterar, quer o texto (letra), quer a essência (espírito). Também lhe é interdito corrigi-la, emendá-la ou substituí-la.¹³

A bem da verdade, o regulamento executivo pressupõe a existência de lei que o exija, porque nada mais é, como frisa Pontes de Miranda, que o “*auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se, e lograr que o elevem à categoria de lei*”.¹⁴

Em compêndio, só há espaço jurídico para o decreto regulamentar, quando a lei possibilita a discricionariedade administrativa, o que não significa haja, no caso, uma “*delegação legislativa*”,¹⁵ na acepção técnica da expressão, como, de resto, bem o notou Clèmerson Merlin Clève, ao averbar: “[A]quilo que, no Brasil, determinada doutrina chama de *regulamento delegado* corresponde ao regulamento de execução incidente sobre o sítio da discricionariedade”.¹⁶

IX- Reforçando a assertiva, a atribuição regulamentar não é passível de delegação, seja por força do milenar *princípio geral de Direito* expresso na parêmia “*delegatur, delegare, non potest*”, seja por força de uma interpretação *a contrario sensu* do disposto no parágrafo único, do art. 84, da Constituição Federal.

Realmente, se, conforme reza este dispositivo, “*o Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os*

¹³. Sintetizando lições da mais autorizada doutrina, Vicente Ráo, como de hábito, pontifica; *verbis*: “Os regulamentos constituem legislação secundária (Roubier, ‘Les Conflits des Lois’, n. 4; Messineo, ‘Man. Dir. Civ. e Com.’, vol. I, n. 9; Bielsa, ‘Trat.’, 3ª ed., I/287; Zanobini, ‘Corso Dir. Amm.’, vol. I, n. 6, p. 70), assim revelando uma força específica reflexa e derivada da lei (Massari, in ‘Diz. Dir. Priv.’, Scialoja, vb. ‘Legislazione’) cujo objeto consiste em desenvolver, facilitando-lhes a execução, os princípios fixados pela lei (Messineo, loc. cit.), atuando ‘intra legem’ (Massari, loc. cit.; Stolfi, ‘Dir. Civ.’, vol. I, n. 231; Azzariti, ‘Dir. Civ. Ital.’, vol. I, n. 24), sem poder alterá-la por qualquer modo (Beviláqua, ‘Teoria Geral do Dir. Civil, 1908, p. 14, etc.)” (O Direito e a Vida dos Direitos, Res. Universitária, São Paulo, 1976, p. 266).

¹⁴. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda nº 1 de 1969), Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., 2ª tir., Tomo III, 1973, p. 314.

¹⁵. É certo que, não raro, leis conferem ao Chefe do Executivo a faculdade de, ao regulamentá-las, inovarem inauguralmente a ordem jurídica. Tais “*delegações*”, por óbvio, são inconstitucionais, se por mais não fosse, por força do *princípio da indelegabilidade das funções legislativas*, que só cede passo diante de ressalva expressa da Constituição, que, no caso, não existe.

Também não se ignora que o Executivo, observadas certas restrições, pode exercer funções legislativas, mediante a edição de medidas provisórias (art. 62, da CF) e de leis delegadas (art. 68, da CF). É-lhe interdito, porém, fazê-lo por meio de decretos regulamentares, que, sendo atos normativos secundários, não inovam, de forma inicial, a ordem jurídica, mas, de revés, limitam-se, como visto e revisto, a prover a fiel execução das leis.

¹⁶. Atividade Legislativa do Poder Executivo, Ed. RT, São Paulo, 2ª ed., 2000, p. 308.

limites marcados nas respectivas delegações”, segue-se que são indelegáveis suas demais atribuições, entre as quais a de expedir regulamentos para a fiel execução das leis.

X- De todo o exposto ressaí que a lei e o regulamento não se confundem: àquela cabe a imposição de condutas (comissivas ou omissivas); a este, apenas a disciplinação dos pormenores necessários à sua adequada aplicação.

Confirma-se, pois, que a lei, além de ser um *limite* ao exercício da faculdade regulamentar, é seu *fundamento de validade*. Definitivamente, não tem o Poder Executivo liberdade para, por meio de decretos regulamentares, alterar, quer direta, quer indiretamente, os mandamentos legais.

XI- Ademais, nada obstante sirva para dinamizar a ordem legislativa, falta ao regulamento executivo a marca da *novidade*, que é o traço característico da lei. Porque a ela submisso, não cria o direito *ex novo*. Ocupa, em relação à lei, uma posição de complementariedade e subordinação, o que lhe afasta a marca da originalidade.

E, arredando em definitivo qualquer entre-dúvida acerca do assunto, a Constituição, em seu art. 37, submete a Administração Pública ao “*princípio da legalidade*” e, em seu art. 84, IV, exige, como já adiantado, que os decretos regulamentares sejam expedidos apenas para prover a “*fiel execução*” da lei.

4. AS INJURIDICIDADES DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO DECRETO Nº 12.375/2025

I- O Presidente da República, invocando o disposto no art. 84, *caput*, IV, da Constituição Federal, bem como diante do que prescrevem os arts. 19, §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.821/1972 e 16, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.880/1980, editou o Decreto nº 12.375, de 6 de fevereiro de 2025, cujo art. 2º, *caput* e parágrafo único, incisos I e II, estatui; *verbis*:

“Art. 2º A Carta Patente é o diploma confirmatório dos postos de oficiais das Forças Armadas e das prerrogativas, dos direitos e dos deveres a eles inerentes.

“Parágrafo único. As Cartas Patentes são devidas aos oficiais das Forças Armadas:

“I - de carreira, caso em que permanecerão válidas quando da passagem à inatividade; e

*“II - temporários, enquanto permanecerem em serviço ativo”.*¹⁷

Ora, como logo adiante se verá, este inciso II é mediatemente inconstitucional e imediatamente ilegal. Sua aplicação fere o direito líquido e certo dos oficiais temporários das Forças Armadas, que já não se encontram em serviço ativo, de continuarem a portar suas cartas patentes, com as prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes.

II- Com efeito, prescreve o § 3º, I, do art. 142, da Constituição Federal; *verbis*:

“Art. 142. (“omissis”) (...)

“§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

*“I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;”.*¹⁸

IIa- Afinado no mesmo diapasão, o art. 19, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.821/1972 (*Lei de Promoção de Oficiais das Forças Armadas*), dispõe; *verbis*:

“Art 19. O ato de promoção é consubstanciado: (...)

“1º. O ato de nomeação para o posto inicial de carreira e os atos de promoção àquele posto, ao primeiro de oficial

¹⁷. Grifamos.

¹⁸. Grifamos.

superior e ao primeiro de oficial-general acarretam expedição de carta-patente.

“§ 2º. A promoção aos demais postos é apostilada à última carta-patente expedida”.¹⁹

IIb- De seu turno, o art. 16, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.880/1980 (*Estatuto dos Militares*), é ainda mais explícito; *verbis*:

“Art. 16. Os círculos hierárquicos e a escala hierárquica nas Forças Armadas, bem como a correspondência entre os postos e as graduações da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, são fixados nos parágrafos seguintes e no Quadro em anexo.

“§ 1º. Posto é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do Ministro de Força Singular e confirmado em Carta Patente”.²⁰

IIc- Portanto, a teor do art. 142, § 3º, I, da Constituição Federal, as patentes devem obrigatoriamente ser conferidas pelo Presidente da República a todos os oficiais das Forças Armadas, pouco importando se da ativa, da reserva ou reformados. Já, os arts. 19, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.821/1972, e 16, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.880/1980, explicitam que o posto e a patente desses oficiais são confirmados em carta patente.

III- Como se nota ao primeiro súbito de vista, nenhum dos supramencionados dispositivos estabelece que as cartas patentes somente são devidas aos oficiais temporários das Forças Armadas, “*enquanto permanecerem em serviço ativo*”.

Destarte, há que ser afastada a “*restrição*” contida no art. 2º, II, *in fine*, do Decreto nº 12.375/2025, que, diga-se de passagem, corretamente não constava do revogado Decreto nº 2.144/1997.

IV- Dito de maneira mais assertiva, também os oficiais temporários das Forças Armadas, que já não se encontram em serviço ativo, continuam a fazer jus às respectivas cartas patentes, que

¹⁹. Grifamos.

²⁰. Grifamos.

lhes confirmam o posto e a patente. De fato, a Constituição Federal lhes assegura, sem a restrição constante do art. 2º, II, *in fine*, do Decreto nº 12.375/2025, a patente e, por extensão, o documento que a certifica, vale dizer, a carta patente, que recebem quando são promovidos ao posto de 2º tenente.

V- Aqui chegados, reiteramos que as patentes, com as prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, devem ser conferidas, pelo Presidente da República, aos oficiais das Forças Armadas (cf. art. 142, § 3º, I, da CF). Estes, têm assegurada a expedição das cartas patentes (cf. art. 19, § 1º, da Lei 5.821/1972), que lhes confirmam os postos e as patentes (cf. art. 16, § 1º, da Lei nº 6.880/1980).

Por estar diante de normas cogentes, o Presidente da República tem o poder-dever de cumpri-las e de zelar para que sejam bem cumpridas por seus subordinados. A ordem jurídica o proíbe de usar das próprias idiossincrasias para alterar, ainda que a pretexto de corrigir, os preditos comandos constitucionais e legais.

Abona tal entendimento, o art. 85, da Constituição Federal, que em seu *caput* e inciso VII, estabelece serem crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem, respectivamente, contra o disposto no Diploma Magno e, de modo especial, “*o cumprimento das leis e das decisões judiciais*”.

Em conclusão, é nulo de pleno direito, qualquer ato administrativo *lato sensu* (caso do Decreto nº 12.375/2025) que o Presidente da República venha a editar, “*determinando*” a não expedição ou a perda da validade da carta patente dos oficiais temporários das Forças Armadas, que já não se encontram em serviço ativo.

VI- Cumpre ainda observar, por oportuno, que “*o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra*” (cf. art. 142, VI, da CF). Também será submetido a tal julgamento, “*o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado*” (cf. art. 142, VII, da CF).

VII- Ora, diante de normas tão categóricas e terminantes, resta inequívoco que nenhuma discricionariedade foi dada ao chefe do Executivo, para, na condição de autoridade suprema das Forças Armadas, conceder ou não a carta patente, ao ensejo da promoção do oficial ao

posto correspondente, quer o primeiro, ao término do curso de formação específico, quer os subsequentes. Também não tem competência para cassar a validade das cartas patentes regularmente concedidas, inclusive aos oficiais temporários, a pretexto de que não mais se encontram em serviço ativo.

VIII- À vista do exposto, o oficial das Forças Armadas tem assegurada a vitaliciedade do posto e da patente, motivo pelo qual a respectiva carta patente deve ter sua validade mantida, pouco importando a condição jurídica na qual ele se encontre: se na ativa, se na inatividade remunerada ou se na condição de temporário (quer em serviço ativo, quer dele já afastado).

IX- Remarcamos, sempre a propósito, que a Lei Maior não fez qualquer distinção, para fins de obtenção ou manutenção da carta patente, entre os oficiais da ativa, da reserva ou temporários. Pelo contrário, estendeu a todos eles, quando ingressam no oficialato, o direito à percepção vitalícia deste documento, garantindo-lhes as prerrogativas e os direitos inerentes ao oficialato.²¹

X- E nem se alegue que a retirada da validade da carta patente do oficial temporário, que já não se encontra em serviço ativo, mantém íntegros o posto e a patente conquistados pelo militar.²² Isso porque ela atesta, *erga omnes*, que o oficial tem a patente correspondente ao seu posto ou, em se preferindo, ao grau hierárquico que ocupa nas Forças Armadas.

Mais especificamente, a carta patente é a afirmação pública e solene da existência e autoridade do posto e da patente do oficial, além de conter a determinação aos funcionários competentes, para que a cumpram e a façam cumprir por terceiros.

XI- Robustecendo a asserção, esse documento é o *suporte jurídico* da patente e, como tal, imprescindível para que os oficiais das Forças Armadas possam fruir dos direitos e prerrogativas do posto conquistado, pouco importando se forem da ativa, da reserva remunerada ou temporários, que já não se encontram em serviço ativo.

²¹. Segue a mesma diretriz, o art. 50, I, da Lei nº 6.880/1980, que estatui; *verbis*: “Art. 50. São direitos dos militares: I - a garantia da patente em toda a sua plenitude, com as vantagens, prerrogativas e deveres a ela inerentes, quando oficial, nos termos da Constituição;” (grifamos).

²². Com as cautelas que as comparações impõem, tal entendimento equivale a absurdamente sustentar que o médico não perde sua condição, se, ao deixar de clinicar, tiver retirado o seu diploma.

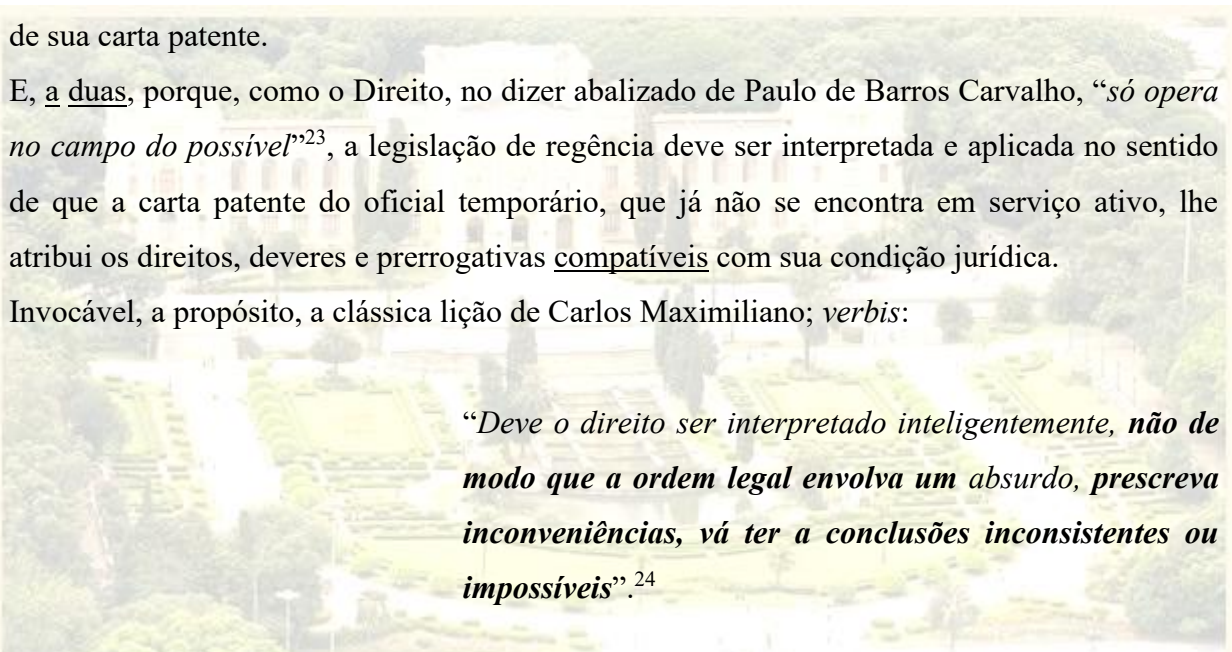
Em outros termos, a carta patente é indissociável do posto e da patente do oficial. Por estar a eles inseparavelmente ligada (*inhaerere ad ossa*), retirar-lhe a validade extingue, *ipso facto*, seja o posto, seja a patente do oficial das Forças Armadas.

XII- Também não colhe o eventual argumento de que o oficial temporário que já está afastado do serviço ativo, não pode ter os mesmos direitos, deveres e prerrogativas do oficial da ativa e que, portanto, o Decreto nº 12.375/2025 simplesmente veio explicitar o que, acerca do assunto, se encontra implícito na Constituição Federal.

A uma, porque o oficial de carreira que passou à inatividade também não possui os mesmos direitos, deveres e prerrogativas do oficial da ativa e, nem por isso, se cogita cassar a validade de sua carta patente.

E, a duas, porque, como o Direito, no dizer abalizado de Paulo de Barros Carvalho, “*só opera no campo do possível*”²³, a legislação de regência deve ser interpretada e aplicada no sentido de que a carta patente do oficial temporário, que já não se encontra em serviço ativo, lhe atribui os direitos, deveres e prerrogativas compatíveis com sua condição jurídica.

Invocável, a propósito, a clássica lição de Carlos Maximiliano; *verbis*:



*“Deve o direito ser interpretado inteligentemente, **não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis**”.*²⁴

Logo, por levar a uma conclusão juridicamente inconsistente, há que ser afastado de plano o entendimento de que um simples decreto presidencial pode cassar a validade da carta patente dos oficiais temporários que deixaram o serviço ativo, porque a situação jurídica em que se encontram não lhes permite desfrutar, em toda a amplitude, dos direitos, deveres e prerrogativas dos oficiais da ativa.

XIII- Mas, ainda que se sustente – o que, no mínimo, é altamente contestável – que, mesmo com a carta patente inválida, o oficial temporário, que já não se encontra em serviço ativo conserva o posto e a patente, o certo é que estes, à falta de um documento formal que os

²³. *Fundamentos Jurídicos da Incidência*, Saraiva, São Paulo, 8ª ed., 2010, p. 16.

²⁴. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 9ª ed., 1980, p. 166 (os negritos são do autor).

certifique, se tornam juridicamente inócuos, vale dizer, se transformam em meras palavras vazias (*flatus vocis*), despidas de qualquer significado ou consequência real.

Acentue-se, nesse passo, que jamais se deve perder de vista que a carta patente é o documento que atesta a situação hierárquica do oficial, em ordem a comprovar as garantias e os direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica,²⁵ somente podendo ser cassada pelo Poder Judiciário, caso este, uma vez cumpridos os requisitos do precitado art. 142, VI e VII, da Constituição Federal, lhe retire o posto e a patente.

XIV- Tudo somado, revela-se, com hialina clareza, que o Decreto nº 12.375, de 06 de fevereiro de 2025, estabeleceu, ao arrepio da Constituição e das leis que neste particular a explicitam, um limite de validade para a carta patente do oficial temporário, que – não custa repetir – corretamente inexistia no Decreto nº 2.144/1997, que, até então, regulava a matéria. No ponto ora em destaque, é a um tempo, *contra constitutionem* e *contra legem*, pelo que deve ser posto em obliúvio.

Em suma, o posto e a patente dos oficiais temporários não podiam ter sido submetidos a prazos de validade, pelo art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375/2025. O mesmo se pode dizer da cassação da validade da carta patente, que – não custa insistir – é o documento oficial que indica o posto do oficial, bem como os anteriores, com as respectivas datas de promoção.

XV- Força é convir, pois, que o art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375/2025, extrapolou a faculdade regulamentar, ao dispor sobre matéria objeto de legislação específica e reservada constitucionalmente à apreciação dos tribunais militares. De modo algum podia retirar a validade das cartas patentes dos oficiais temporários das Forças Armadas, que já não se encontram em serviço ativo.

XVI- Por derradeiro, ainda que não se aceitem os argumentos supra – o que só admitimos *ad argumentandum tantum* –, impõe-se a manutenção da validade das cartas patentes dos oficiais temporários que já as possuíam, ao ensejo da edição do Decreto nº 12.375/2025, justamente para que tenham respeitados seus direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, conforme lhes assegura o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.²⁶

²⁵. Da carta patente devem obrigatoriamente constar o atual grau do oficial e os anteriores, com as respectivas datas de promoção.

²⁶. Constituição Federal: “Art. 5º (‘omissis’) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

XVla- No concernente ao direito adquirido, observa o grande Carlo Francesco Gabba; *verbis*:

*“É adquirido cada direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude de a lei do tempo no qual o fato se consumou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova em torno do mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império ocorre o fato do qual se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”.*²⁷

Enveredando por trilha análoga, Celso Antônio Bandeira de Mello também pontifica; *verbis*:

*“Entende-se adquirido o direito, consolidado, quando o direito derivado da disposição legal concessiva não tenha outra razão de ser, outra significação lógica, outro conteúdo racional, senão exata e precisamente perlongar-se no tempo, cristalizadamente, pois o dispositivo legal atributivo do direito perderia sentido se não fosse para esse fim”.*²⁸

Desse modo, o *direito adquirido* não apenas obstaculiza a retroatividade da norma jurídica nova, como garante a ultratividade da norma jurídica velha. Dito de modo mais científico, impede que desconstitua situações consolidadas sob a égide da norma jurídica anterior.

XVlb- De seu turno, o *ato jurídico perfeito* é o que está concluído e acabado, segundo a norma jurídica que vigorava, ao tempo em que se consumou, estando, portanto, apto a produzir seus regulares efeitos, conforme, de resto, dispõe o art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - *LINDB*²⁹; *verbis*:

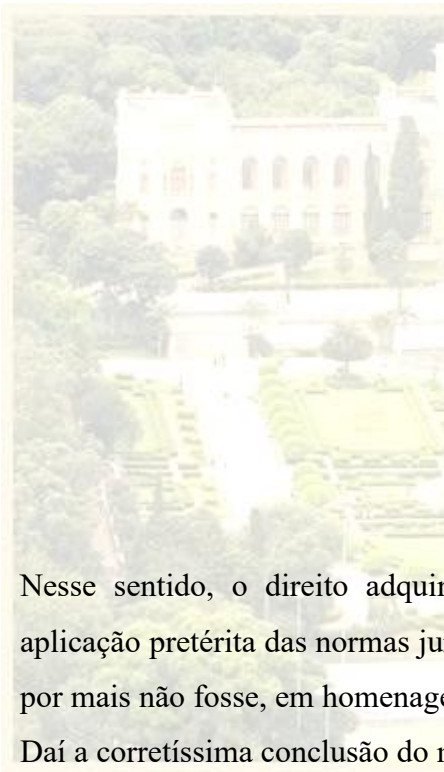
²⁷. *Teoria della Retroattività delle Leggi*, 3ª ed., Vol. I, Turim, UTET, 1891, p. 191 (traduzimos).

²⁸. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª ed., 1981, p. 115.

²⁹. Denominação dada à Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4.9.1942), pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010.

“Art. 6º. (‘omissis’) (...) § 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

XVIc- Assinale-se, ainda, que o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, mais do que imunes ao efeito retroativo da norma jurídica nova, impedem que esta, de algum modo, os desconstitua. É o que, com grande perspicácia, anota José Eduardo Martins Cardozo; *verbis*:



*“[O] ‘direito adquirido’ e as demais figuras jurídicas que o acompanham no art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, são realidade que quando verificadas ‘in concreto’ inibem a projeção contra si de efeitos imediatos da lei nova. Incorre, pois, em lamentável equívoco quem afirma que o respeito ao direito adquirido se define apenas como um limite à própria retroatividade. Em essência, qualifica este um limite a quaisquer efeitos temporais de um novo diploma legislativo, sejam estes pretéritos, imediatos ou futuros”.*³⁰

Nesse sentido, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito não apenas obstaculizam a aplicação pretérita das normas jurídicas novas, como asseguram a ultratividade das antigas, se por mais não fosse, em homenagem ao superno *princípio da segurança jurídica*.

Daí a corretíssima conclusão do mesmo mestre José Eduardo Martins Cardozo; *verbis*:

“Forçoso concluir, portanto, que da mesma forma que é possível existir uma lei retroativa que não ofenda o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (basta que esta não prejudique direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou a coisa julgada), é possível existir uma lei não retroativa que ofenda este dispositivo constitucional. Esta última hipótese ocorrerá quando a lei nova, sem previsão

³⁰. *Da Retroatividade da Lei*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 325.

*expressa da sua retroatividade, pretender prejudicar, com efeitos imediatos ou futuros, tais realidades resguardadas pela Constituição Federal, desrespeitando, desta forma, a exigida ultratividade da lei velha que não poderia ser violada ‘in casu’”.*³¹

XVI- Assim, em função do dispositivo constitucional que manda respeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, as normas jurídicas antigas, posto revogadas, continuam a disciplinar as situações que se consolidaram, enquanto estiveram em vigor.

Em síntese, sofrem as limitações do tempo as normas jurídicas novas que modificam os efeitos que, sob o pálio das antigas, já se incorporaram ao patrimônio³² dos destinatários: os oficiais temporários das Forças Armadas, ainda que já não estejam em serviço ativo.

XVII- Por todos esses motivos, o indigitado art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375/2025, ainda que venha a ser considerado jurídico – ao arrepio, pois, de tudo quanto foi acima exposto –, de modo algum pode acarretar a perda da validade das cartas patentes dos oficiais temporários, que já as possuíam.

5. MODOS DE ILIDIR OS INJURÍDICOS EFEITOS DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO DECRETO Nº 12.375/2025

Os efeitos do art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375/2025 podem ser juridicamente ilididos de diversas maneiras.

Em primeiro lugar, por meio da interposição, perante o Supremo Tribunal Federal, de mandado de segurança,³³ com fundamento nos arts. 5º, XXXV, LXIX; e 102, I, *d*, da Constituição Federal e na Lei nº 12.016/2009. O prazo, para tanto, escoar-se-á no dia 5 de junho de 2025, ou seja, 120 dias contados na data da publicação do Decreto nº 12.375/2025 (cf. art. 23, da Lei nº 12.016/2009).

³¹. *Idem, ibidem*, p. 326.

³². Nesse passo, a palavra *patrimônio* está tomada no sentido de *conjunto de direitos do cidadão*.

³³. O mandado de segurança poderá ser interposto por qualquer oficial temporário, que já não se encontre em serviço ativo ou, coletivamente, por partido político, com representação no Congresso Nacional (cf. art. 5º, LXX, *a*, da CF) ou por entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (cf. art. 5º, LXX, *b*, da CF).

Os injurídicos efeitos desse inciso II, podem igualmente ser fulminados por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ser proposta, também perante o Supremo Tribunal Federal, por qualquer das autoridades ou entidades mencionadas no art. 103, da Constituição Federal (o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, entidade de classe de âmbito nacional etc.).

Por fim, poderá fazê-lo o Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo. Com efeito, o art. 49, V, da Constituição Federal, lhe atribuiu a competência para “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”.

Trata-se de forma imediata de reversão democrática de regulamentos ilegais ou inconstitucionais. Permite que, antes mesmo do Poder Judiciário – e, ao contrário deste, sem a necessidade de ser provocado –, o Congresso Nacional leve a efeito o controle da constitucionalidade e da legalidade dos regulamentos, suspendendo-lhes os efeitos, por meio da edição de decretos legislativos.

6. CONCLUSÕES

Tudo posto e considerado, podemos sumular as seguintes conclusões:³⁴

- a) a Constituição Federal ocupa, dentro do ordenamento jurídico, posição sobranceira, dando *fundamento de validade* aos atos emanados dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário;
 - a.1) nosso ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas dispostas escalonadamente, de tal sorte que as inferiores devem buscar fundamento de validade nas superiores e, bem por isso, não as podem contrariar;
- b) a lei é o fundamento da faculdade regulamentar, sendo levada a efeito, de regra, por meio da expedição de decretos;³⁵
 - b.1) a teor do disposto nos arts. 5º, II e 84, IV, da Constituição Federal, o decreto regulamentar deve limitar-se a detalhar os comandos legislativos, em ordem a facilitar-lhes a adequada aplicação aos casos concretos;

³⁴. Evidentemente, *assuntos correlatos* e a própria *fundamentação* das conclusões encontram-se no corpo do artigo doutrinário.

³⁵. Os auxiliares imediatos do Chefe do Executivo (Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários do Distrito Federal e Secretários Municipais) também possuem a faculdade regulamentar, exercitável, dentro dos limites de suas pastas, por meio de *instrução* (cf. art. 87, parágrafo único, II, da CF).

b.2) os únicos regulamentos válidos em nosso direito são os *executivos* (ou *de execução*), em face do que determina o art. 84, IV, da Constituição Federal (“*compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”³⁶);

b.3) o regulamento não pode ser nem *contra legem*, nem *praeter legem*, nem *ultra legem*, nem *extra legem*, mas, apenas, *intra legem* e *secundum legem*;

c) o Presidente da República, invocando o art. 84, *caput*, IV, da Constituição Federal, bem como os arts. 19, §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.821/1972 e 16, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.880/1980, editou o Decreto nº 12.375, de 6 de fevereiro de 2025, cujo art. 2º, *caput* e parágrafo único, incisos I e II, estabelece, em síntese, que os oficiais temporários somente fazem jus às cartas patentes, *enquanto permanecerem em serviço ativo*;

c.1) tal restrição arremete contra o disposto no art. 142, § 3º, I e incisos VI e VII, bem como nos arts. 19, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.821/1972, 16, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.880/1980, pelo que o art. 2º, *caput* e parágrafo único, I e II, é imediatamente ilegal e mediatamente inconstitucional;

d) a carta patente é a afirmação pública e solene da existência e autoridade do posto e da patente do oficial, além de conter a determinação aos funcionários competentes, para que a cumpram e a façam cumprir por terceiros;

d.1) esse diploma é o *suporte jurídico* da patente e, como tal, imprescindível para que os oficiais das Forças Armadas – da ativa, da reserva remunerada ou temporários, que já não se encontram em serviço ativo – possam fruir dos direitos e prerrogativas do posto que ocupam;

d.2) a carta patente somente pode ser cassada pelo Poder Judiciário, caso este, uma vez cumpridos os requisitos do precitado art. 142, VI e VII, da Constituição Federal, retire do oficial o posto e a patente;

e) sem embargo das conclusões *supra*, impõe-se a manutenção da validade das cartas patentes dos oficiais temporários que já as possuíam, ao ensejo da edição do Decreto nº 12.375/2025, justamente para que tenham respeitados seus direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, conforme lhes assegura o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal;

f) os injurídicos efeitos do art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375/2025 podem ser ilididos por meio da interposição, perante o STF, (i) de mandado de segurança,³⁷ com

³⁶. Grifamos.

³⁷. O mandado de segurança poderá ser interposto por qualquer oficial temporário, que já não se encontre em serviço ativo ou, coletivamente, por partido político, com representação no Congresso Nacional (cf. art. 5º, LXX, *a*, da CF) ou por entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (cf. art. 5º, LXX, *b*, da CF).

fundamento nos arts. 5º, XXXV, LXIX; e 102, I, *d*, da Constituição Federal e na Lei nº 12.016/2009³⁸ e, (ii) de ação direta de inconstitucionalidade (ADI);³⁹ e, *f.1*) também o Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, poderá, com base no art. 49, V, da Constituição Federal, sustar os efeitos do art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto nº 12.375/2025, que exorbitou do poder regulamentar.

7. BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CANOTILHO, José Joaquim Lopes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da Retroatividade da Lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2025.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. 3ª ed., Vol. I. Turim: UTET, 1891.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed., vol. II, trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1.962.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MIRANDA, Décio. Voto no RE 93.545-SP, RTJ 99/1.366).

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda nº 1 de 1969)*. T. III, 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

³⁸. O prazo, para tanto, escoar-se-á no dia 5 de junho de 2025, ou seja, 120 dias contados na data da publicação do Decreto nº 12.375/2025 (cf. art. 23, da Lei nº 12.016/2009).

³⁹. A ADI poderá ser proposta por qualquer das autoridades ou entidades mencionadas no art. 103, da CF (o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, entidade de classe de âmbito nacional etc.).



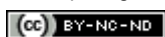
All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

DESVIOS DE BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA E DESEQUILÍBRIOS NA LIVRE CONCORRÊNCIA.

DEVIATIONS FROM GOOD CORPORATE GOVERNANCE PRACTICES AND IMBALANCES IN FREE COMPETITION

Paulo Henrique Gomiero¹

Marcello Antonio Fiore²

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9368-2029>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-4914-2222>

Submissão: 24/03/2025

Aprovação: 24/04/2025

RESUMO:

Este artigo examina a relação entre os desvios das boas práticas de governança corporativa e os desequilíbrios na livre concorrência no Brasil. Através de uma análise crítica de casos notáveis, investigamos como algumas empresas, ao abandonarem os princípios éticos e legais de governança, engajaram-se em fraudes e/ou demais questões impactantes na sociedade que não apenas distorciam a concorrência, mas também manipulavam mercados e lucratividades de forma insustentável. Posteriormente, mesmo após a exposição de tais práticas, muitas dessas empresas puderam se beneficiar de dispositivos legais dentre as quais se destacam a recuperação judicial, que, embora destinados a salvaguardar a economia e os empregos, em certos contextos, podem também perpetuar desigualdades no tratamento entre empresas íntegras e as fraudulentas. O artigo propõe uma visão crítica sobre a correlação entre tais

¹ Advogado, Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. LLM em Direito Tributário pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. Especialista em Direito Tributário pelo IICS – Instituto Internacional de Ciências Sociais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6731390458146128> Email: paulo.gomiero@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v16/009**

² Advogado, Especialista e Pós-Graduado em Direito Econômico pela PUC-SP, Mestre em Direito Justiça e Impactos na Economia pelo CEDES-SP, Doutorando em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2237001008969395> - E-mail: mf@fioreadvogados.com.br - **Ark:/80372/2596/v16/009**

institutos de forma a contribuir para o debate do Direito Empresarial e Concorrencial sob a ótica das boas práticas de governança.

PALAVRAS-CHAVE: Desvios das boas práticas. Governança corporativa. Desequilíbrios na livre concorrência no Brasil.

ABSTRACT:

This article examines the relationship between deviations from good corporate governance practices and imbalances in free competition in Brazil. Through a critical analysis of notable cases, we investigate how some companies, by abandoning ethical and legal governance principles, engaged in frauds and other impactful societal issues. These actions not only distorted competition but also manipulated markets and profitability in an unsustainable manner. Subsequently, even after such practices were exposed, many of these companies were able to benefit from legal mechanisms, notably judicial recovery. Although intended to safeguard the economy and jobs, in certain contexts, these mechanisms can also perpetuate inequalities in the treatment between honest and fraudulent companies. The article offers a critical perspective on the correlation between such institutes, contributing to the debate on Business and Competition Law from the viewpoint of good governance practices.

KEYWORDS: Deviations from good practices. Corporate governance. Imbalances in free competition in Brazil.

1. INTRODUÇÃO

A governança corporativa é essencial para garantir a sustentabilidade e a competitividade das empresas no mercado global. Entretanto, quando as boas práticas de governança são ignoradas ou deliberadamente desviadas, as consequências podem ser devastadoras, afetando não apenas a integridade das empresas envolvidas, mas também a estabilidade do mercado e a confiança da sociedade. No Brasil, esses desvios têm sido especialmente problemáticos, criando desequilíbrios significativos na livre concorrência e expondo falhas críticas no sistema jurídico e regulatório. Em casos como das empresas envolvidas em escândalos de corrupção, desastres ambientais e até mesmo escândalos

contábeis no Brasil, restou exposto como tais empresas geraram determinadas feridas no sistema concorrencial.

Este artigo investiga como o abandono dos princípios de governança corporativa leva a comportamentos empresariais predatórios e fraudulentos, que subvertem a ética empresarial e prejudicam a igualdade competitiva. Através da análise de casos notáveis dentro do contexto brasileiro, exploramos as táticas utilizadas por empresas para manipular resultados financeiros, influenciar concorrências e, ainda, se aproveitarem de mecanismos legais destinados a outros fins para poderem se reerguer.

Além disso, a pesquisa detalha as implicações legais decorrentes dessas práticas, com foco especial nos mecanismos de recuperação judicial. Esses dispositivos, embora desenhados para preservar as atividades empresariais e manter empregos, podem, paradoxalmente, recompensar comportamentos antiéticos e perpetuar um ciclo de má conduta empresarial. A exploração dessas dinâmicas destaca a necessidade urgente de reformas legais e melhorias nas práticas de governança para proteger a integridade do mercado e garantir uma competição leal.

Por fim, este estudo pretende não apenas lançar luz sobre as consequências dos desvios de governança, mas também promover um debate crítico sobre a correlação dos institutos de Direito Empresarial e Concorrencial correlatas ao tema.

2. GOVERNANÇA CORPORATIVA E SEUS FUNDAMENTOS: UM PRESSUPOSTO PARA UM AMBIENTE DE NEGÓCIOS ÉTICO E VOLTADO A LIVRE CONCORRÊNCIA.

A governança corporativa, um conceito que se enraizou profundamente no tecido das práticas empresariais é fundamental para garantir não apenas o sucesso econômico, mas também a integridade e a responsabilidade das empresas em uma escala global. Embora sua relevância seja universal, as práticas e normas de governança corporativa são impactadas por diferentes variáveis, considerando as diferentes culturas empresariais e sociais tornando seu ambiente regulatório desafiador.

Neste capítulo, investigaremos como a governança corporativa com suas ferramentas e estágio do conhecimento atual serve como um mecanismo essencial para empresas que aspiram a alcançar sustentabilidade de longo prazo e vantagem competitiva no

mercado pela confiabilidade que geram. A implementação de práticas de governança de alta qualidade não é apenas uma questão de conformidade legal; é uma estratégia central para cultivar a confiança entre as partes interessadas (os “*stakeholders*”), desde investidores e clientes até sua própria força laboral e a sociedade em geral.

As falhas de governança, por outro lado, podem levar a escândalos financeiros, corrupção e uma crise de confiança que pode desestabilizar não apenas a empresa envolvida, mas, em casos extremos, até mesmo a economia de um país inteiro³.

Este capítulo também destaca a crescente pressão sobre as empresas para que adotem práticas de governança que promovam não apenas o desempenho econômico, mas também a sustentabilidade ambiental e a responsabilidade social (atualmente conhecido pela sigla ESG – *Environment, Social and Governance*). Esta abordagem holística está se tornando cada vez mais importante à medida que os *stakeholders* demandam maior transparência e ética nas operações empresariais.

Ao explorar os fundamentos da governança corporativa, este capítulo não apenas define o conceito e suas práticas recomendadas, mas também discute o impacto direto que uma governança eficaz pode ter na competitividade e no sucesso geral de uma empresa no mercado global. Vamos analisar como a adesão aos princípios de governança pode ser uma força motriz para a inovação e o crescimento, ao mesmo tempo em que mitiga riscos e fortalece a reputação corporativa.

3. BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA E SUAS BASES NORMATIVAS

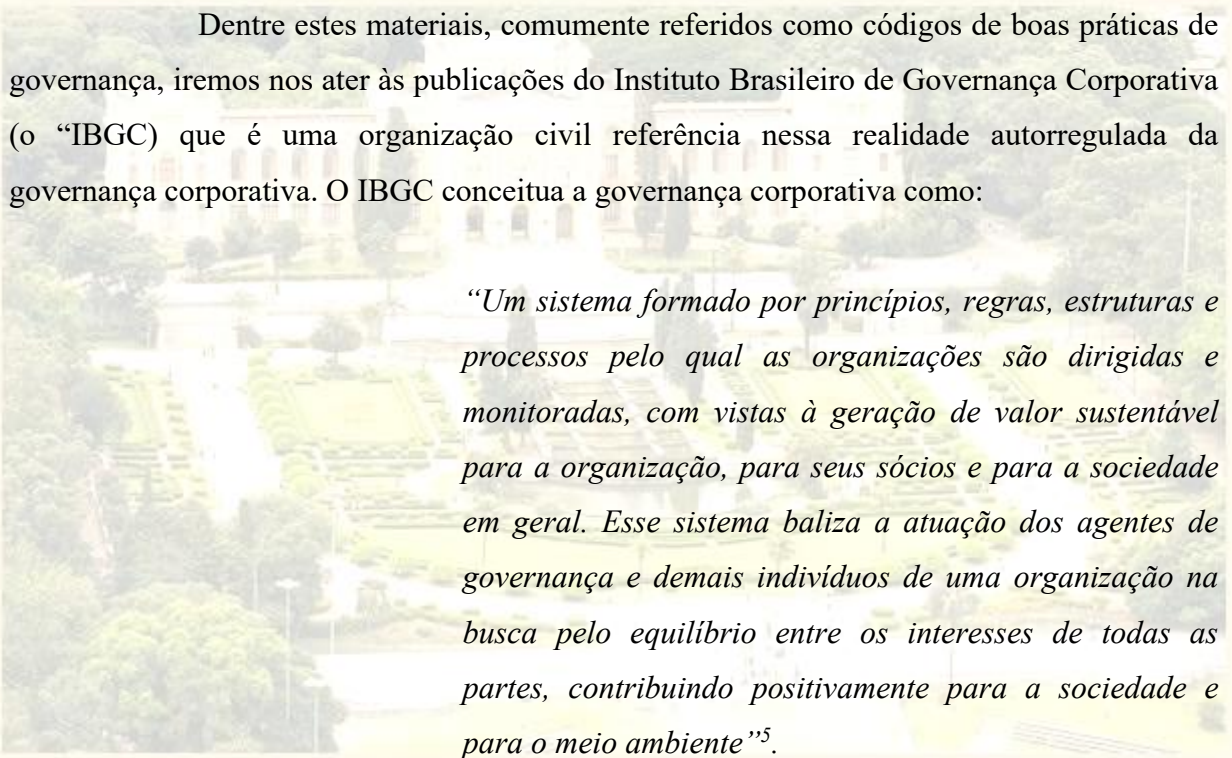
Ao analisar o tema governança corporativa não é possível identificar um conceito único para sua definição. Na conceituação dada por diferentes institutos, doutrinas e jurisdições é possível notar que embora haja diferenças há uma certa similitude nas definições, porém considerando que há elementos a mais ou a menos na análise comparativa de cada um deles. Sendo assim, é preferível academicamente se referir às boas práticas de governança corporativa e seus princípios norteadores ao invés de partir de uma conceituação por si.

³ Swedberg, R. (2010), "The structure of confidence and the collapse of Lehman Brothers", Lounsbury, M. and Hirsch, P.M. (Ed.) *Markets on Trial: The Economic Sociology of the U.S. Financial Crisis: Part A (Research in the Sociology of Organizations, Vol. 30 Part A)*, Emerald Group Publishing Limited, Leeds, pp. 71-114. [https://doi.org/10.1108/S0733-558X\(2010\)000030A007](https://doi.org/10.1108/S0733-558X(2010)000030A007)

Do ponto de vista regulatório e normativo a governança corporativa possui duas facetas em termos de suas fontes: a regulação e a autorregulação. Este é um debate presente em governança corporativa e sua compreensão é necessária para o entendimento das dinâmicas de mercado. Em linhas gerais, entende-se por regulação todas as normas jurídicas (incluindo normas-regra e normas-princípio) emanadas pelas entidades do legislativo e de tratados internacionais, qualquer que seja a sua jurisdição.

Por sua vez, a autorregulação considera o arcabouço normativo promovido por agentes privados e regras profissionais ⁴. Com isto, é de se notar toda a complexidade de se partir de um conceito estanque, porém notável que ao se considerar o quanto exposto sobre boas práticas de governança, há de se encontrar inúmeras questões em comum.

Dentre estes materiais, comumente referidos como códigos de boas práticas de governança, iremos nos ater às publicações do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (o “IBGC”) que é uma organização civil referência nessa realidade autorregulada da governança corporativa. O IBGC conceitua a governança corporativa como:



“Um sistema formado por princípios, regras, estruturas e processos pelo qual as organizações são dirigidas e monitoradas, com vistas à geração de valor sustentável para a organização, para seus sócios e para a sociedade em geral. Esse sistema baliza a atuação dos agentes de governança e demais indivíduos de uma organização na busca pelo equilíbrio entre os interesses de todas as partes, contribuindo positivamente para a sociedade e para o meio ambiente”⁵.

⁴ CAMARGO, André Antunes Soares de. *Regulação internacional da governança corporativa e do compliance*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (Coleção compliance, v. 1, coordenação Irene Nohara e Luiz Eduardo Almeida). Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/261007874/v1/page/RB-8.7%20>. Acesso em: 14 mar. 2025. O autor destaca: “É fundamental que se estude também a autorregulação promovida por agentes privados (estatutos, contratos, códigos de conduta, políticas corporativas e recomendações de boas práticas de governança de organizações privadas), regras profissionais e processos burocráticos (ex. regulamentação de advogados, contadores auditores, corretores e demais profissionais de mercado) e o papel das cortes judiciais e arbitrais (jurisprudência)”.

⁵Disponível em: https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24640/2023_C%20b3digo%20das%20Melhores%20Pr%20aticas%20de%20Governan%20a7a%20Corporativa_6a%20Edi%20a7%20a3o.pdf. Acesso em 14/03/25

O conceito traçado pelo IBGC demonstra a sua complexidade. Na medida em que se fala de sistema, princípios e regras é possível entender que a governança corporativa possui um universo muito próprio e, como já alertado, pouco uniforme e dependente de boas práticas. Porém, quando dimensionamos a questão em diferentes setores, diferentes culturas (incluindo cultura empresarial), definir boa prática também é um desafio importante. De toda forma é possível notar o mencionado eixo central deste universo que aparentemente é pautado na transparência das organizações para com seus *stakeholders* e existência de mecanismos de pesos e contrapesos no processo decisório de cada entidade.

Aprofundando este conceito, são elencados cinco princípios que regem a governança corporativa: integridade, equidade, responsabilização, transparência e sustentabilidade. Estes princípios, embora pareçam falar por si próprios, de fato possuem um escopo e abrangência bastante amplos. Ao analisar, inclusive, os materiais da OCDE sobre o tema⁶, é possível notar que referido órgão em publicação conjuntar com os países do G20 categorizam os princípios em seis diferentes capítulos constando princípios e subprincípios em determinadas categorias como: (i) garantir a base para um quadro eficaz de governança corporativa; (ii) os direitos e o tratamento equitativo dos acionistas e funções chave de propriedade; (iii) investidores institucionais, mercados de ações e outros intermediários; (iv) divulgação e transparência; (v) as responsabilidades do conselho; e (vi) sustentabilidade e resiliência.

Novamente é possível notar que embora haja uma discrepância nas definições, o eixo central permanece como sendo medidas para pesos e contrapesos, além de medidas de transparência e relação com as partes interessadas.

A governança corporativa se desenvolve, portanto, sob essa perspectiva ampla e diversificada, com intersecção entre práticas normativas e a autorregulação, destacando a fluidez com que os conceitos de governança se adaptam às necessidades variáveis do ambiente empresarial tanto nacional quanto global. É essencial reconhecer que, enquanto as estruturas formais de governança fornecem um esqueleto de operação, são as práticas diárias e a aderência aos princípios éticos que realmente sustentam a integridade e a eficácia de uma empresa.

Com isto, a governança corporativa não deve ser entendida apenas como um conjunto de regras a serem seguidas, mas como um *ethos* que permeia todas as facetas da operação empresarial. O compromisso com seus princípios não é apenas um imperativo ético;

⁶ Disponível em https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2023/09/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2023_60836fcb/ed750b30-en.pdf. Acesso em 14/03/25.

é também uma estratégia empresarial que, quando implementada eficazmente, pode resultar em um desempenho corporativo superior e uma reputação robusta. Assim, a governança corporativa emerge não só como um pilar para a estabilidade econômica, mas também como uma alavanca para inovação e progresso social e eventuais desvios destas práticas, deve significar o reverso, ou seja, um elemento de instabilidade e danos para a sociedade.

4. DESVIOS NAS BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: CASOS EMBLEMÁTICOS NO BRASIL

Da mesma forma que diversas são as variáveis para se chegar a um conceito de boas práticas de governança corporativa, diversos também são os caminhos que contribuem para seus desvios que podem variar desde a omissão e falta de transparência (em desatendimento a princípios) até mesmo a atos que mostram a intenção da prática de um ato lesivo (ausência completa de governança além de dolo para ilícitos). De fato, o conceito de governança corporativa, seus princípios e evolução são forjados pela dor. Ao analisar a literatura sobre governança corporativa, é possível encontrar em grande parte determinados escândalos marcantes que restaram por introduzir novas diretrizes, seja na realidade regulada, seja na realidade autorregulada.

O CFI (*Corporate Finance Institute*) listou os dez maiores escândalos contábeis⁷, dentre os quais do da Enron, WorldCom, Lehman Brothers dentre outros que restaram por gerar impactos significativos na governança corporativa.

Seguindo a mesma base da realidade global, no Brasil alguns casos que ilustram desvios significativos das práticas de governança, não se limitando apenas a casos de corrupção, mas também incluindo outros tipos de irregularidades como desastres ambientais, manipulação contábil e fraudes fiscais.

Conhecidos escândalos como o da Petrobras e Odebrecht no âmbito da operação da polícia federal que ficou conhecida como “Lava-Jato” são exemplos de questões afetas a corrupção. Ainda, considera-se o caso da empresa Vale no desastre ambiental causados nas cidades de Mariana e Brumadinho no Estado de Minas Gerais, onde falhas de governança e falta de responsabilidade corporativa levaram a consequências trágicas. Outro exemplo importante é o da empresa X, anteriormente conhecida como EBX, que enfrentou

⁷ Disponível em: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/accounting/top-accounting-scandals/>. Acesso em 14/03/25

problemas de transparência e acusações de manipulação de mercado⁸. Mais recentemente ainda, o caso da empresa Americanas que também apresentou falhas em sua governança corporativa, revelando um esquema de fraude contábil da ordem de 50 bilhões de reais.

Especificamente sobre Americanas, um dos maiores grupos varejistas do Brasil, o escândalo contábil ainda está a desenrolar e já deve apresentar diferentes impactos na governança corporativa, além de reinterpretação da responsabilização de agentes outros como as auditorias, sendo um caso emblemático e de diversas notícias sobre governança.

5. DESEQUILÍBRIO NO MERCADO QUANTO MATERIALIZADO O DESVIO DE BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA

Os desvios nas práticas de governança corporativa têm um impacto profundo no desempenho do mercado e sua eficiência geral. As revelações de comportamentos inadequados ou fraudulentos por parte das corporações frequentemente levam a uma reavaliação abrupta do valor de mercado dessas empresas, resultando em vendas massivas de ações e perda de capitalização de mercado. Escândalos de fraude corporativa podem reduzir o valor de mercado das empresas em até 25% no dia do anúncio da fraude⁹. Além disso, a incerteza gerada por tais práticas aumenta a percepção de risco entre os investidores, elevando o custo de capital das empresas e desencorajando investimentos a longo prazo, demonstrando um impacto para além da empresa faltosa por si. Quando se fala em desempenho e eficiência do mercado, é importante notar que uma empresa que desvie dos preceitos da boa governança poderá gerar impactos a todas as demais, surpreendendo-as com custos inesperados ou até mesmo seus planejamentos (como fornecedores ou participantes da cadeia da empresa faltosa).

A má governança também distorce o ambiente competitivo, criando um campo de jogo desigual que favorece empresas estabelecidas com práticas questionáveis, seja porque criam uma realidade artificial, seja porque com isto impedem novos entrantes, o que pode comprometer a inovação. Essas distorções¹⁰ podem levar a uma concentração de mercado prejudicial, onde poucas empresas dominam, limitando a diversidade e inibindo a inovação. O

⁸ Ferraz, C., Finan, F., & Moreira, D. B. (2020). Corrupting Learning: Evidence from Missing Federal Education Funds in Brazil. *Journal of Public Economics*.

⁹ Donoso, Vania & López, Fernando. (2016). Escándalos Corporativos en Chile: Impacto en los precios accionarios de las empresas involucradas. *Gestión y Tendencias*. 2. 2. 10.11565/gesten.v2i1.10.

¹⁰ BHAGAT, Sanjai; BOLTON, Brian; ROMANO, Roberta. The promise and peril of corporate governance indices. *Colum. L. Rev.*, v. 108, p. 1803, 2008.

ambiente torna-se menos propício ao surgimento de novas ideias e tecnologias, essenciais para o dinamismo econômico. Além disto, um mercado formado a partir de realidades artificiais resultantes de manipulação, podem também criar cenários perversos do ponto de vista concorrencial.

E tais efeitos podem ainda ser de ordem macroeconômica que são vastos e multifacetados. A má governança reduz a eficiência econômica ao desencorajar o investimento direto estrangeiro e aumentar o custo de capital em economias com mercados menos desenvolvidos. A instabilidade gerada por práticas de governança pobres pode levar à volatilidade econômica, afetando o crescimento do produto interno bruto, a taxa de emprego e a estabilidade financeira geral. A má governança pode causar desequilíbrios persistentes que afetam não apenas os mercados financeiros, mas também o bem-estar econômico e social de longo prazo, exacerbando desigualdades e reduzindo a qualidade de vida.

Finalmente, é crucial discutir as implicações desses desvios para as políticas públicas. As falhas de governança exigem uma resposta regulatória robusta, que não apenas penalize as infrações, mas também promova práticas transparentes e equitativas. A implementação de regulamentos ¹¹ mais rígidos e a fiscalização de práticas empresariais podem servir como dissuasores significativos contra a má governança. Além disso, a educação e a formação em ética empresarial devem ser promovidas entre os futuros líderes corporativos para incutir uma cultura de responsabilidade e integridade.

6. USO INDEVIDO DE MECANISMOS JURÍDICOS RECUPERACIONAIS: POSSÍVEL AGRAVAMENTO DOS IMPACTOS NO MERCADO PÓS DESVIOS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

O papel dos mecanismos jurídicos recuperacionais, assim entendidos como aqueles tendentes a ajudar empresas e atividades econômicas ainda que não empresariais a terem folego e se manterem ativos na economia é fundamental para a estabilização e até mesmo o crescimento do mercado. Essas ferramentas são projetadas para oferecer suporte às atividades empresariais, assegurando um campo de atuação equilibrado onde a concorrência possa florescer sob a égide da lei. No entanto, o sistema, por sua natureza abrangente e

¹¹ Reflexão parecida um dos autores do artigo já realizou em: GOMIERO, Paulo Henrique. Os fatores ASG e a prevenção ao *greenwashing* – a necessidade de regramento estatal quanto aos deveres e responsabilidades dos administradores de empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Vol. 93. Ano 24. p. 91-111. São Paulo: Ed. RT jul./set. 2021.

complexa, muitas vezes abre espaço para interpretações e aplicações que podem distorcer seu propósito original.

Em um cenário ideal, mecanismos como a recuperação judicial, incentivos fiscais e flexibilidades regulatórias são aplicados para proteger a economia em tempos de crise, manter empregos, incentivar a inovação e promover o desenvolvimento sustentável. É, aliás, o que diz o artigo 47 da Lei 11.101/2005.

Este princípio preservacionista fundamental à recuperação reflete a preocupação do legislador em manter a continuidade das atividades empresariais, mesmo diante de situações de crise econômico-financeira, reconhecendo a importância social e econômica das empresas no contexto brasileiro.

O mencionado artigo 47, em sua essência, estabelece que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor. Isso significa que o princípio da preservação da empresa busca, primordialmente, oferecer mecanismos e oportunidades para que as empresas em dificuldades possam se reerguer e continuar suas operações, evitando assim a falência e suas consequências negativas para a sociedade como um todo.

Aliás, o assunto e o princípio não são novos, apenas foram inseridos formalmente na legislação falimentar, ratificando um entendimento que já caminha no judiciário desde 1967 quando Aliomar Baleeiro prelecionou:

"Não há nenhum interesse social em multiplicar as falências, provocando as depressões econômicas, recessões e o desemprego numa época em que todas as nações do mundo lutam precisamente para afastar esses males. Uma falência pode provocar um reflexo psicológico sobre a praça, e todas as nações do mundo procuram evitar esse colapso das empresas, que tem como consequência prática o desemprego em massa nas populações".¹²

A reflexão do Ministro Aliomar Baleeiro, proferida há mais de meio século, revela-se surpreendentemente contemporânea e pertinente ao cenário econômico atual. Suas

¹² Ministro Aliomar Baleeiro, Recurso Extraordinário 61.688-SP - in Revista Trimestral de Jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal - vol. 40, Tomo 3, pg. 704, junho de 1967

palavras, que poderiam facilmente figurar nas manchetes dos principais veículos de comunicação de nosso tempo, ecoam com notável ressonância no contexto pós-pandêmico, onde a urgência de reativar o tecido empresarial e preservar postos de trabalho se faz premente. A visão do ilustre jurista transcende as barreiras temporais, oferecendo insights valiosos para a complexa tarefa de reconstrução econômica que ora se apresenta.

O paralelo entre a época em que Baleeiro teceu suas considerações e o momento presente é notável. Assim como nos anos sessenta, enfrentamos hoje o desafio de superar um período de profunda estagnação econômica, agravado por circunstâncias extraordinárias que abalaram as estruturas produtivas e sociais, como ocorreu na pandemia de COVID-19, que em muitos aspectos, assemelha-se a um conflito global em termos de seu impacto devastador sobre as economias nacionais e internacionais.

Neste contexto, a ênfase dada por Baleeiro à importância da retomada das atividades empresariais e à manutenção dos empregos ganha contornos de uma presciência quase profética. Sua análise, longe de ser datada, revela-se como um farol orientador em meio às turbulências econômicas contemporâneas. A preservação do tecido empresarial, como ele sabiamente apontou, não é apenas uma questão de recuperação financeira, mas um imperativo social e econômico de primeira ordem.

A atualidade do pensamento de Baleeiro se manifesta também na compreensão da empresa como um organismo vivo, cuja saúde impacta diretamente o bem-estar da sociedade como um todo. Em um momento em que o desemprego atinge níveis alarmantes e a insegurança econômica permeia diversos setores, a ideia de priorizar a manutenção e a criação de postos de trabalho através do fortalecimento do ambiente empresarial ressoa com particular intensidade.

Ademais, a lição sublinha a importância de uma visão holística da economia, onde o papel do Estado, do setor privado e da sociedade civil se entrelaçam na busca de soluções sustentáveis. Esta abordagem integrada, que reconhece a interdependência entre os diversos atores econômicos, mostra-se crucial para enfrentar os desafios multifacetados que se apresentam no cenário de recessão e dificuldade.

A atemporalidade das observações de Baleeiro serve como um lembrete poderoso de que, embora as circunstâncias mudem, os princípios fundamentais de uma economia saudável e resiliente permanecem constantes. Sua perspicácia em reconhecer a centralidade da atividade empresarial e do emprego na construção de uma sociedade próspera

e estável continua a oferecer valiosas diretrizes para os formuladores de políticas públicas e líderes empresariais de hoje.

Ao priorizar a manutenção da fonte produtora, o princípio reconhece que a empresa desempenha um papel crucial na geração de empregos, na circulação de bens e serviços, e no desenvolvimento econômico local e nacional. A preservação da empresa, portanto, não se limita apenas aos interesses dos proprietários ou sócios, mas se estende a uma ampla gama de stakeholders, incluindo trabalhadores, fornecedores, clientes e a própria comunidade onde a empresa está inserida.

Nesse diapasão caminha o princípio da preservação da empresa que também leva em consideração os interesses dos credores. Embora possa parecer contraditório à primeira vista, a manutenção das atividades empresariais muitas vezes representa a melhor chance para que os credores recuperem seus créditos. Uma empresa em funcionamento tem maior potencial de gerar receitas e, conseqüentemente, de honrar suas obrigações do que uma empresa liquidada.

Além disso, o já citado artigo 47 destaca a importância de promover a função social da empresa e estimular a atividade econômica. Isso reflete o entendimento de que as empresas não são apenas entidades voltadas para o lucro, mas também desempenham um papel fundamental na sociedade, contribuindo para o desenvolvimento econômico, a geração de tributos e a promoção do bem-estar social.

É importante ressaltar que o princípio da preservação da empresa não significa que todas as empresas em crise devam ser mantidas a qualquer custo. A lei prevê mecanismos para avaliar a viabilidade econômica da empresa e a consistência do plano de recuperação apresentado. Nos casos em que a recuperação se mostra inviável, a falência ainda é uma opção, visando proteger os interesses dos credores e evitar o agravamento da situação econômica.

A aplicação prática deste princípio se manifesta de diversas formas ao longo do processo de recuperação judicial. Por exemplo, a lei prevê a suspensão das execuções contra o devedor por 180 dias após o deferimento do processamento da recuperação judicial¹³, dando à empresa um "fôlego" para reorganizar suas finanças. Além disso, há a possibilidade de alteração do plano de recuperação judicial mesmo após sua aprovação em assembleia de credores, demonstrando a flexibilidade do sistema em prol da preservação da atividade empresarial.

¹³ Conhecido como Stay Period, está previsto no artigo 6º, parágrafo 4º, da Lei 11.101/2005.

Assim, o princípio da preservação da empresa – que apesar de estar previsto de forma explícita na legislação exclusivamente no artigo 47 da Lei 11.101/2005 – representa um pilar fundamental do direito empresarial brasileiro. Ele reconhece a empresa como uma entidade de relevância social e econômica, cuja manutenção deve ser priorizada sempre que viável. Este princípio busca equilibrar os interesses de diversos atores econômicos e sociais, visando não apenas a superação da crise empresarial, mas também a promoção do desenvolvimento econômico sustentável e a manutenção da ordem social.

Contudo, na prática, esses instrumentos, criados considerando a boa-fé do devedor, podem ser cooptados por empresas que se desviam das boas práticas de governança corporativa, utilizando-os de forma estratégica para obter vantagens competitivas indevidas ou para mascarar problemas internos profundos, como má gestão ou até mesmo fraudes sistêmicas.

Para o estudo de boas práticas de governança corporativa e seus impactos para um ambiente pautado na livre concorrência, importa se indagar sobre este aparente duplo papel dos mecanismos jurídicos no contexto do mercado: como eles são destinados a funcionar versus como são efetivamente utilizados por entidades que negligenciam as boas práticas de governança corporativa.

Quando analisamos as balizas da recuperação judicial, pelas quais já transcorremos anteriormente, é possível notar que o seu objetivo é permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo assim a preservação da empresa e sua função social. No entanto, em alguns casos, empresas que se desviam das boas práticas de governança utilizam esse mecanismo de forma estratégica para escapar de obrigações financeiras ou postergar falências inevitáveis, comprometendo a eficácia desse instrumento legal.

Aliás, ratificamos facilmente a ineficácia do instituto com dados extraídos do sistema Serasa Experian – único estudo nesse sentido feito pela instituição desde que a lei 11.101/2005 entrou em vigor – que demonstram que 76,95% das empresas que entram com pedido de recuperação judicial acabam vendo sua falência decretada¹⁴. Este percentual foi obtido a partir da análise de 3.522 empresas que tiveram pedidos de recuperação judicial aprovados entre junho de 2005 e dezembro de 2014. Das 946 empresas que tiveram o processo encerrado nesse período, 728 decretaram falência, o que corresponde aos 76,95% mencionados.

¹⁴ TMA - Turnaround Management Association - <https://bit.ly/3Dc1yUj>

Empresas com gestão problemática ou envolvidas em escândalos diversos por falha de governança corporativa, muitas vezes recorrem à recuperação judicial não como um esforço genuíno para reestruturação, mas como uma tática para ganhar tempo, renegociar dívidas sob condições mais favoráveis e, em alguns casos, manter o controle acionário distante do escrutínio de credores e reguladores. Isso é evidenciado pelo quase que certo pedido de recuperação judicial de empresas que tiveram o seu nome envolvido em escândalos. Dos exemplos mencionados neste estudo, com exceção da Vale, todas as demais empresas entraram no regime de recuperação judicial. Este uso do sistema recuperacional, no limite interpretativo, concede para a empresa faltosa diversos benefícios que as demais empresas que seguiram o rito da boa governança não tiveram, tais como prazos alongados para pagamento de dívidas, proteções de seu patrimônio e demais medidas para continuidade de seus negócios. Isso sem deixar de considerar que a empresa faltosa, de certa forma, pode também colher benefícios da realidade empresarial artificial criada pela falta de governança, como lucros fictícios, aumento de valor de mercado, negociações em condições diferenciadas inclusive com instituições financeiras, para na prática, após isto, ainda ter sua preservação com base no regime recuperacional.

Sob esta ótica, é possível notar que estes mecanismos podem alongar de sobremaneira o regime concorrencial. As empresas não faltosas, neste período, podem vir a sofrer com crédito mais escasso, diminuição de seu mercado consumidor e de fornecedores e, até mesmo, lucros menores tendo em vista que não participam da mesma realidade. Com o possível ingresso da empresa faltosa em regime de recuperação, as partes inocentes do mercado ainda continuarão sofrendo com crédito escasso, menor volume de consumidores dentre outros efeitos causados pela instabilidade do mercado (e conforme tratado anteriormente neste estudo). Não seria exagero dizer que tais mecanismos podem representar um prêmio às entidades faltosas.

O mesmo racional pode ser aplicado a medidas outras, como o uso de incentivos fiscais e até mesmo flexibilidades regulatórias. Uma vez que as empresas faltosas em termos de governança corporativa possam ter acesso a todos estes benefícios após terem seus escândalos descobertos, pode restar por premiar a empresa duas vezes: uma nos resultados artificialmente obtidos, outra quando das benesses para se manter operando.

7. AS PREVISÕES AXIOMÁTICAS DA LEI FALIMENTAR SOBRE A CONCESSÃO DO FAVOR DA MORATÓRIA RECUPERACIONAL

A Lei 11.101/2005, conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falências, estabelece um conjunto detalhado de exigências para a concessão do pedido de recuperação judicial. Este processo, fundamental para empresas em dificuldades financeiras, requer uma preparação meticulosa e a apresentação de uma série de documentos essenciais que visam fornecer uma visão completa da situação econômico-financeira da empresa requerente.

O artigo 51 da referida lei é o ponto de partida para compreender as exigências documentais. Ele estabelece que a petição inicial do pedido de recuperação judicial deve ser instruída com uma série de documentos que permitem ao juiz e aos credores avaliarem a viabilidade da recuperação e a real situação da empresa. O primeiro e talvez mais crucial desses documentos é a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira. Este documento não é apenas uma formalidade, mas uma oportunidade para a empresa demonstrar transparência e apresentar um diagnóstico claro de seus problemas, estabelecendo assim uma base de confiança com o juízo e os credores.

As demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais são outro componente essencial do pedido. Estas devem incluir o balanço patrimonial, a demonstração de resultados acumulados, a demonstração do resultado desde o último exercício social, e um relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção. Além disso, é necessária uma descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito, caso existam. Estes documentos fornecem um histórico financeiro da empresa, permitindo uma análise da evolução de sua situação econômica e das possíveis causas da crise atual.

A lei também exige a apresentação de uma relação nominal completa dos credores. Este documento deve incluir a discriminação de seus créditos, a origem, o vencimento e a classificação por categoria. Esta relação é crucial para o processo, pois permite que todos os envolvidos tenham uma visão clara do passivo da empresa e da estrutura de sua dívida. Além disso, facilita a organização dos credores em classes para futuras deliberações sobre o plano de recuperação.

Outro documento de grande importância é a relação integral dos empregados. Esta deve conter as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento. Este documento não apenas fornece uma visão do passivo trabalhista da empresa, mas também demonstra o impacto social da recuperação judicial, considerando o número de empregos em jogo.

A certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores são exigidos para comprovar a regularidade formal da empresa e sua administração. Estes documentos são essenciais para verificar se a empresa cumpre os requisitos legais para solicitar a recuperação judicial, como estar em atividade há mais de dois anos.

A lei também requer a apresentação de uma relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor. Este requisito visa proporcionar uma visão mais ampla do patrimônio disponível e pode ser relevante em casos de eventual responsabilização pessoal.

Os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, devem ser apresentados. Estes documentos oferecem uma fotografia atual da liquidez da empresa e de seus recursos imediatamente disponíveis.

As certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial são outro requisito importante. Estes documentos ajudam a mapear as dívidas da empresa e a identificar possíveis credores que não estejam listados em outros documentos.

A relação de todas as ações judiciais em que o devedor figure como parte, com a estimativa dos respectivos valores demandados, é outro documento essencial. Esta relação permite avaliar o passivo contingente da empresa e os riscos jurídicos associados à sua operação.

Um relatório detalhado do passivo fiscal também é exigido, fornecendo uma visão clara das obrigações tributárias da empresa. Este documento é particularmente importante, considerando que as dívidas fiscais não são diretamente afetadas pela recuperação judicial, mas podem impactar significativamente a viabilidade do plano de recuperação.

A lei ainda requer a apresentação de uma relação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante, incluindo aqueles não sujeitos à recuperação judicial. Este documento

é crucial para avaliar o patrimônio total da empresa e identificar possíveis fontes de recursos para a recuperação.

É importante notar que, além desses documentos específicos, a petição inicial deve atender aos requisitos gerais previstos no artigo 319 do Código de Processo Civil. Isso inclui a indicação do juízo a que é dirigida, a qualificação das partes, os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, o pedido com suas especificações, e o valor da causa.

A apresentação adequada e completa desses documentos é fundamental não apenas para o deferimento do processamento da recuperação judicial, mas também para o sucesso do processo como um todo. Uma documentação bem-preparada e organizada facilita a análise pelo juízo e pelos credores, aumentando as chances de aprovação do plano de recuperação e, conseqüentemente, de superação da crise pela empresa.

É importante ressaltar que o juiz tem o poder de determinar a realização de diligências para verificar a regularidade dos documentos apresentados. Caso sejam identificadas inconsistências ou falta de documentos essenciais, o juiz pode conceder um prazo para que a empresa complemente a documentação antes de decidir sobre o processamento da recuperação judicial.

A Recomendação 103/21 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trouxe uma importante contribuição para a padronização dos documentos apresentados nos pedidos de recuperação judicial. Esta recomendação visa facilitar a verificação dos requisitos e documentos pelos juízos e credores, promovendo maior celeridade e eficiência no processamento dos pedidos. O CNJ forneceu modelos de planilhas e formulários que as empresas podem usar para apresentar as informações requeridas de forma padronizada e clara.

Além dos documentos exigidos pela lei, é recomendável que a empresa apresente um plano preliminar de recuperação ou, pelo menos, um esboço das medidas que pretende adotar para superar a crise. Embora não seja uma exigência legal para o pedido inicial, esse documento pode fortalecer a petição, demonstrando que a empresa já está trabalhando ativamente em soluções para seus problemas financeiros.

É crucial que todos os documentos apresentados sejam precisos e atualizados. Informações incorretas ou desatualizadas podem não apenas prejudicar o processamento do pedido, mas também minar a confiança dos credores e do juízo na capacidade da empresa de conduzir uma recuperação bem-sucedida.

A preparação adequada da documentação para o pedido de recuperação judicial é um processo complexo que geralmente requer o envolvimento de profissionais

especializados, como advogados, contadores e consultores financeiros. Esses profissionais podem ajudar a empresa a reunir e organizar os documentos necessários, garantindo que todas as exigências legais sejam atendidas e que as informações sejam apresentadas de forma clara e convincente.

Note-se, portanto, que o pedido de recuperação judicial é um processo rigoroso que exige uma preparação cuidadosa e a apresentação de uma ampla gama de documentos. Estes documentos não são meras formalidades, mas ferramentas essenciais para que o juízo, os credores e todas as partes envolvidas possam avaliar a real situação da empresa e a viabilidade de sua recuperação. A transparência e a completude na apresentação desses documentos são fundamentais para estabelecer a confiança necessária para o sucesso do processo de recuperação judicial, permitindo que a empresa supere suas dificuldades financeiras e continue operando, preservando empregos, honrando compromissos e contribuindo para a economia.

Destaque-se que a norma, estabelece em si, de forma peremptória, as regras de compliance necessárias à aprovação dos planos. É evidente que a flexibilização da regra sempre foi e será necessária para preservar negócios ainda vivos, produtivos, e respeitadores da letra da lei, a fim de garantir empregos, o pleno exercício da livre iniciativa, e o equilíbrio do mercado.

8. SOBRE FRAUDES EM DOCUMENTOS QUE LASTREIAM O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Veja que a norma é categórica na exigência de documentos que irão lastrear o deferimento do pedido de reestruturação, ela também é escurteira quando, ao analisar documentos essenciais, prenuncia as consequências quando da apuração de atos fraudulentos pelo devedor.

As fraudes em documentos apresentados no ato do pedido de recuperação judicial representam uma grave violação da lei e da confiança necessária para o sucesso do processo de recuperação. Essas práticas ilícitas não apenas comprometem a integridade do sistema judicial, mas também podem resultar em consequências severas para a empresa, incluindo a decretação de sua falência.

Repise-se que, a lei estabelece uma série de requisitos documentais que devem ser cumpridos com rigor e honestidade. Quando uma empresa opta por apresentar

informações falsas ou adulteradas, ela não apenas viola os princípios legais, mas também prejudica a confiança dos credores e do juízo, elementos essenciais para a viabilização da recuperação, uma vez que não há lógica jurídica e social em dar guarida e amparo para a reestruturação de dívidas daquele que comete fraude.

Uma das formas mais comuns de fraude documental envolve a manipulação das demonstrações financeiras. Empresas devedoras podem inflar receitas, ocultar passivos ou superestimar ativos para apresentar uma situação financeira mais favorável do que a realidade. Essa prática não apenas distorce a verdadeira condição econômica da empresa, mas também pode levar a decisões equivocadas por parte do juiz e dos credores.

Outra área propensa a fraudes é a relação de credores. Algumas empresas podem tentar omitir credores legítimos ou incluir credores fictícios para manipular o quórum de votação em assembleias ou para criar uma falsa impressão sobre a estrutura de suas dívidas. Essa prática pode prejudicar gravemente os interesses dos credores reais e comprometer a equidade do processo de recuperação.

A falsificação de documentos societários, como atas de assembleias ou alterações contratuais, também é uma prática fraudulenta que pode ocorrer. Essas ações podem visar a legitimar decisões que não foram realmente tomadas ou a alterar a estrutura de controle da empresa de forma ilícita.

Fraudes relacionadas aos bens da empresa são igualmente graves. A ocultação de ativos ou a apresentação de bens inexistentes que supervalorizam o patrimônio líquido do devedor podem distorcer significativamente a avaliação da capacidade de recuperação da empresa. Além disso, a transferência fraudulenta de bens para terceiros antes do pedido de recuperação judicial é uma prática utilizada para proteger ativos de eventuais execuções, mas que configura fraude contra credores.

É importante ressaltar que a lei prevê mecanismos para detectar e punir essas práticas fraudulentas. O administrador judicial, nomeado pelo juiz para fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial, tem um papel crucial na identificação de irregularidades. Além disso, os próprios credores podem apontar inconsistências ou solicitar esclarecimentos sobre a documentação apresentada.

Quando fraudes são descobertas, as consequências para a empresa podem ser severas. O artigo 73 da Lei 11.101/2005 prevê que o juiz deve decretar a falência da empresa durante o processo de recuperação judicial quando constatado que o devedor praticou atos

fraudulentos. Isso significa que, ao invés de ter a oportunidade de se recuperar, a empresa será liquidada, com seus ativos vendidos para pagar os credores.

Além da decretação da falência, os responsáveis pelas fraudes podem enfrentar consequências penais. A lei tipifica como crime diversas condutas fraudulentas relacionadas à recuperação judicial, incluindo a apresentação de informações falsas, a omissão de informações ou a simulação da composição do capital social e as penas para esses crimes podem ser materializadas com a condenação a vários anos de reclusão, além da imposição de multas e até o envolvimento do patrimônio pessoal dos sócios falidos para o pagamento das dívidas.

Destaque-se que as fraudes em recuperações judiciais não afetam apenas a empresa e seus administradores. Elas têm um impacto negativo em todo o sistema econômico, minando a confiança no instituto da recuperação judicial e prejudicando empresas honestas que realmente necessitam desse mecanismo para superar crises financeiras.

Para combater essas práticas, é fundamental que haja uma fiscalização rigorosa por parte do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos próprios credores. A utilização de tecnologias de análise de dados e a cooperação entre diferentes órgãos de controle podem aumentar a eficácia na detecção de fraudes.

Dessa forma, as fraudes em documentos apresentados no pedido de recuperação judicial são práticas extremamente graves que podem levar à falência da empresa e a sérias consequências legais para os envolvidos. A transparência e a honestidade são essenciais não apenas para o cumprimento da lei, mas para o próprio sucesso do processo de recuperação. Empresas que optam pelo caminho da fraude não apenas arriscam seu futuro, mas também prejudicam a credibilidade de um importante instrumento legal destinado a preservar empresas viáveis e proteger os interesses de credores, trabalhadores e da sociedade como um todo.

9. RELATIVIZAÇÃO DA LEI PARA BENEFÍCIO DE POUCOS

Apesar das previsões legais bastante pontuais, o Judiciário brasileiro tem enfrentado um dilema crescente nos últimos anos, especialmente no que diz respeito aos processos de recuperação judicial de grandes empresas. Apesar da Lei 11.101/2005 estabelecer critérios rigorosos para a concessão e manutenção da recuperação judicial,

observa-se uma tendência de relativização desses critérios quando se trata de companhias de grande porte, mesmo diante de indícios de fraudes documentais e administrativas. Esse fenômeno parece estar alinhado com o princípio "too big to fail" (grande demais para falir), originalmente aplicado ao setor financeiro, mas que agora parece ecoar nas decisões judiciais relacionadas a empresas de setores diversos da economia brasileira.

Em 2024, o Brasil testemunhou um número recorde de pedidos de recuperação judicial, totalizando 2.273 solicitações, um aumento de 61,8% em relação ao ano anterior¹⁵. Esse cenário de crise generalizada tem pressionado o Judiciário a adotar uma postura mais flexível, especialmente quando se trata de empresas que empregam milhares de pessoas e têm um impacto significativo na economia nacional.

Exemplos notáveis dessa tendência são os casos da Gol e das Americanas, algumas das maiores companhias do país em seus setores, que entraram com pedidos de recuperação judicial e, apesar de fortes indícios sobre possíveis irregularidades financeiras, o Judiciário tem se mostrado cauteloso em tomar medidas drásticas que poderiam levar à falência da empresa, considerando o impacto que isso teria no setor de aviação, no varejo e na economia como um todo.

Essa abordagem, embora possa parecer pragmática à primeira vista, levanta questões sérias sobre a equidade na aplicação da lei e a integridade do sistema de recuperação judicial. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em um julgado recente, chegou a converter uma recuperação judicial em falência, de ofício, quando constatou que o procedimento havia se transformado em um "jogo de estratégia, cujas peças são os créditos dos credores"¹⁶ tendo a decisão afirmado com veemência que "a fraude não deve resistir à lei"¹⁷. No entanto, casos como esse parecem ser a exceção, não a regra, especialmente quando se trata de empresas de grande porte.

A relativização da lei em favor de grandes empresas pode criar um perigoso precedente. Enquanto micro e pequenas empresas, que representaram a maioria dos pedidos de recuperação judicial em 2024, são frequentemente submetidas a um escrutínio rigoroso, as grandes corporações parecem gozar de uma maior tolerância por parte do Judiciário. Essa

¹⁵ Fonte – Serasa Experian - <https://bit.ly/439gEva>

¹⁶ TJSP; AI nº 2251499-39.2022.8.26.0000; relator: desembargador Grava Brazil; 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. em: 04/04/2023. Também nesse sentido: TJSP; AI nº 2264574-53.2019.8.26.0000; relator: desembargador Araldo Telles; 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. em: 02/02/2021

¹⁷ Idem nota 7

disparidade de tratamento pode minar a confiança no sistema judicial e criar um ambiente de insegurança jurídica.

Além disso, a continuidade de empresas que apresentam indícios de fraude pode ter consequências negativas a longo prazo. Ao permitir que essas empresas continuem operando, o Judiciário pode estar inadvertidamente perpetuando práticas empresariais questionáveis e prejudicando credores e concorrentes que operam dentro da legalidade.

Por outro lado, defensores dessa abordagem mais flexível argumentam que a falência de grandes empresas poderia ter um efeito dominó na economia, levando à perda de empregos em massa e à desestabilização de setores inteiros. Em um cenário econômico já fragilizado, com taxas de juros elevadas e inflação acima da meta, a preservação de empregos e a manutenção da atividade econômica são consideradas prioridades por muitos juízes.

A reforma da Lei 11.101/2005, realizada em 2020, buscou tornar o processo de recuperação judicial mais eficiente e atrativo para as empresas em dificuldades. No entanto, essa maior atratividade não deveria vir às custas da integridade do processo. É fundamental que o Judiciário encontre um equilíbrio entre a necessidade de preservar empregos e atividades econômicas importantes e o dever de fazer cumprir a lei de forma equânime sem que haja permissibilidade no que se refere a práticas fraudulentas.

O Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências - FONAREF¹⁸, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, teve como um de seus objetivos propor medidas para o aperfeiçoamento da gestão de processos de recuperação empresarial e falências. Iniciativas como essa são cruciais para garantir que o sistema de recuperação judicial no Brasil seja justo, eficiente e capaz de lidar com os desafios apresentados por empresas de todos os portes.

Nessa linha, enquanto a preservação de grandes empresas pode parecer uma necessidade econômica em tempos de crise, é imperativo que o Judiciário mantenha sua integridade e aplique a lei de forma consistente, independentemente do tamanho da empresa em questão. A relativização excessiva da lei em favor de grandes corporações, especialmente quando envolvidas em qualquer tipo de fraude, não apenas compromete a justiça do sistema, mas também pode ter consequências negativas a longo prazo para a economia e a sociedade brasileira como um todo. O desafio para o Judiciário é encontrar um equilíbrio que permita a recuperação de empresas viáveis, independentemente de seu tamanho, sem comprometer os princípios fundamentais da lei e da equidade.

¹⁸ CNJ - <https://bit.ly/43grBEh>

10. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E COMPLIANCE, O CASAMENTO PERFEITO

Inevitável nesse momento, unirmos os pontos em nome da eficiência do processo recuperacional, e a prevenção contra fraudes, dando oportunidade efetiva ao empresário honesto de trilhar o árduo caminho da reestruturação de seu negócio.

A importância das práticas e regras de compliance no processo de recuperação judicial tem se tornado cada vez mais evidente, especialmente diante da crescente complexidade do cenário empresarial brasileiro. O compliance, que engloba o conjunto de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, assume um papel crucial na garantia da integridade e transparência dos processos de reestruturação empresarial.

No contexto da recuperação judicial, as práticas de compliance são fundamentais para assegurar que as empresas em dificuldades financeiras ajam de acordo com os princípios éticos e legais, mesmo em momentos de crise. Isso é particularmente importante considerando a tendência observada de relativização da lei em favor de grandes empresas, um fenômeno que tem gerado preocupações quanto à equidade na aplicação da justiça, à integridade do sistema de recuperação, e a permissibilidade do judiciário quanto a práticas com indícios fraudulentos, em nome da preservação de grandes negócios.

Como visto, a Lei 11.101/2005 estabelece requisitos rigorosos para a concessão e manutenção do benefício legal da recuperação e o compliance pode desempenhar um papel crucial nesse processo, garantindo que todas as informações fornecidas sejam precisas, completas e em conformidade com as exigências legais, da mesma forma que pode apurar práticas ilegais nos primeiros passos do processo.

Nesse cenário, as práticas de compliance, que se mostram cruciais, não apenas ajudam a prevenir fraudes e irregularidades, mas também contribuem para a construção de uma cultura corporativa baseada na ética e na transparência. Isso é especialmente importante em processos de recuperação judicial, onde a confiança dos credores e do judiciário é fundamental para o sucesso da reestruturação.

A implementação de robustos programas de compliance pode ajudar a prevenir fraudes documentais e garantir a integridade das informações apresentadas ao juízo e aos credores. Isso inclui a adoção de políticas e procedimentos rigorosos, treinamento contínuo dos profissionais envolvidos no processo recuperacional, auditorias regulares e canais de

denúncia eficazes. Tais medidas não apenas reduzem o risco de fraudes, mas também demonstram o compromisso da empresa com práticas éticas e transparentes de gestão.

Além disso, o compliance desempenha um papel importante na detecção precoce de problemas financeiros e operacionais que podem levar à necessidade de recuperação judicial. Ao implementar sistemas de monitoramento e controle eficientes, as empresas podem identificar e abordar questões antes que elas se tornem crises incontrolláveis. Isso não apenas aumenta as chances de sucesso da recuperação, mas também protege os interesses dos credores.

Em última análise, o compliance no processo de recuperação judicial não é apenas uma questão de conformidade legal, mas um imperativo ético e estratégico. Ele contribui para a criação de um ambiente empresarial mais transparente, justo e sustentável, onde a recuperação judicial possa cumprir seu verdadeiro propósito: oferecer uma segunda chance às empresas verdadeiramente viáveis, respeitadoras da lei, preservando empregos e valor econômico, sem comprometer a integridade do sistema jurídico e a confiança do mercado.

11. CONCLUSÃO

Este artigo explorou as implicações dos desvios de boas práticas de governança corporativa no processo de recuperação de empresas, evidenciando como tais desvios podem distorcer não apenas a livre concorrência, mas também manipular de forma insustentável a estrutura e a estabilidade do mercado brasileiro. Através de uma análise detalhada de casos notáveis, foi possível observar que as consequências destes desvios vão além das empresas diretamente envolvidas, afetando a confiança do mercado, a eficiência econômica e, em última análise, a sociedade como um todo.

Além disso, o estudo destacou como, paradoxalmente, as empresas envolvidas em práticas de governança falhas frequentemente se beneficiam de mecanismos legais como a recuperação judicial. Este fato ilustra uma falha crítica nos sistemas jurídico e regulatório que permite que tais entidades não apenas evitem consequências de suas ações, mas em alguns casos, se beneficiem delas, perpetuando um ciclo de má conduta empresarial que desestabiliza o ambiente econômico.

A necessidade de reformas legais e melhorias nas práticas de governança corporativa é, portanto, urgente e indispensável. O desenvolvimento de medidas mais rígidas de fiscalização e *compliance*, bem como a reformulação de políticas públicas que garantam a aplicação efetiva dos princípios de equidade e transparência. Estas mudanças são essenciais para restabelecer a integridade do mercado e assegurar uma competição justa e ética entre as empresas.

Por fim, este estudo serve como um chamado para a ação, incentivando um debate mais amplo sobre como a governança corporativa pode ser fortalecida através de uma colaboração mais efetiva entre o setor privado, o público e os reguladores. Só assim será possível garantir que a governança corporativa não apenas siga as normas estabelecidas, mas também promova um ambiente de negócios que seja verdadeiramente responsável, sustentável e benéfico para todos os stakeholders envolvidos.

12. BIBLIOGRAFIA

BAIRD, Douglas G., *The Uneasy Case for Corporate Reorganization*. *Journal of Legal Studies*, Chicago, Illinois, 1986.

Bhagat, S., Bolton, B., & Romano, R. (2008). *The Promise and Peril of Corporate Governance Indices*. *Columbia Law Review*, 108, 1803-1882.

Buchanan, J. M., & Tullock, G. (1962). *"The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy"*. University of Michigan Press.

Bushman, R., & Smith, A. (2001). *Financial Accounting Information and Corporate Governance*. *Journal of Accounting and Economics*, 32(1-3), 237-333.

COELHO, Fábio Ulhôa, *Comentário à Lei de Falências e de Recuperação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021, 159-161.

Dyck, A., Morse, A., & Zingales, L. (2013). *Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?* *The Journal of Finance*, 65(6), 2213-2253.

Gilson, S. C. (1997). *"Transactions Costs and Capital Structure Choice: Evidence from Financially Distressed Firms"*. *Journal of Financial Economics*.

GOMIERO, Paulo Henrique. Os fatores ASG e a prevenção ao *greenwashing* – a necessidade de regramento estatal quanto aos deveres e responsabilidades dos administradores de empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Vol. 93. Ano 24. p. 91-111. São Paulo: Ed. RT jul./set. 2021.

- Hotchkiss, E., John, K., Thorburn, K. S., & Mooradian, R. M. (2008). "Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress." In: Handbook of Empirical Corporate Finance, Elsevier.
- Jensen, M. C., & Meckling, W. H. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360.
- Johnson, S., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., & Shleifer, A. (2000). Tunneling. *American Economic Review*, 90(2), 22-27.
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., & Vishny, R. (1998). Law and Finance. *Journal of Political Economy*, 106(6), 1113-1155.
- Masulis, R.W., & Mobbs, S. (2011). Are all inside directors the same? Evidence from the external directorship market. *The Journal of Finance*, 66(3), 823-872.
- Monks, R. A. G., & Minow, N. (2011). *Corporate Governance* (5th ed.). Wiley.
- Sikka, P., & Willmott, H. (2010). "The dark side of transfer pricing: Its role in tax avoidance and wealth retentiveness." *Critical Perspectives on Accounting*, 21(4), 342-356.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, 3ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1965, 375-391.
- FISHER, Timothy C. G.; MARTEL, Jocelyn. *The Irrelevance of Direct Bankruptcy Costs to the Firm's Financial Reorganization Decision*. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell, Nova Iorque, 2005.
- JACKSON, Thomas H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Hopkins, Minessota, BeardBooks, 2001.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, 17ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1989, Vol. 2, 135-158.
- SALOMÃO. Luis Felipe; SANTOS. Paulo Penalva, *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, 24-79/143.
- VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à Lei de Falências*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, Vol. III, 38-81
- WEISS, Lawrence A. *Bankruptcy Resolution: Direct Costs and Violation of Priority of Claims*, Amsterdam, *Journal of Financial Economics*, Elsevier, 1990.
- WARNER, Jerold B. *Bankruptcy Costs: Some Evidence*. *The Journal of Finance*, Atlantic City, New Jersey, 1977.

APTIDÃO DO RÉU PARA JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A GARANTIA DE UM JULGAMENTO EQUITATIVO

FITNESS TO STAND TRIAL BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE ASSURANCE OF A FAIR TRIAL

Isadora Veiga¹

Anna Luisa Walter de Santana²

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-0770-7455>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9670-8518>

Submissão: 26/05/2025

Aprovação: 09/07/2025

RESUMO:

A presente pesquisa analisa a aptidão do réu para julgamento perante o Tribunal Penal Internacional (TPI) e sua relevância para a garantia de um julgamento equitativo. O objetivo geral é analisar de que modo o Tribunal interpreta e aplica o conceito de aptidão à luz do Estatuto de Roma e das regras processuais, especialmente diante da ausência de critérios normativos objetivos. A problemática investigada diz respeito à compatibilidade entre a proteção dos direitos do réu, quando sua capacidade de participar do processo é colocada em dúvida, e a necessidade de garantir justiça às vítimas de crimes internacionais graves. A metodologia adotada é o método dedutivo, com abordagem jurisprudencial e análise crítica de casos concretos, como os julgamentos de Laurent Gbagbo, Dominic Ongwen e Al Hassan. Pode-se concluir que o TPI adota uma concepção funcional e prática da aptidão, ainda pouco sistematizada, priorizando a manutenção dos julgamentos com o apoio de adaptações e

¹ Estudante de graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), membro e coordenadora do Grupo de Direito Penal Internacional da PUCPR, membro do Grupo de Estudos Avançados em Processo Penal e Erros Judiciários do IBCCRIM e oradora por duas edições consecutivas do IBA ICC Moot Court Competition. E-mail: isadorarveiga@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v16/010**

² Professora do Programa de Pós-graduação em Direito e da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR, Doutora em Direito pela PUCPR. E-mail: anna.santana@pucpr.br - **Ark:/80372/2596/v16/010**

medidas compensatórias. Destaca-se, portanto, a necessidade de um equilíbrio sensível entre a proteção dos direitos do acusado e a efetivação da justiça internacional, reafirmando o julgamento justo como pilar essencial do Direito Penal Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Internacional. Tribunal Penal Internacional. Aptidão do réu. Julgamento equitativo. Participação Significativa.

ABSTRACT: This research focuses on the defendant's fitness to stand trial before the International Criminal Court (ICC) and its relevance to ensuring a fair trial. The general objective is to analyze how the Court interprets and applies the concept of fitness considering the Rome Statute and procedural rules, especially in the absence of objective normative criteria. The issue investigated concerns the compatibility between the protection of the defendant's rights, when his or her ability to participate in the proceedings is called into question, and the need to ensure justice for victims of serious international crimes. The methodology adopted is the deductive method, with a case law approach and critical analysis of specific cases, such as the trials of Laurent Gbagbo, Dominic Ongwen and Al Hassan. Based on this analysis, it was identified that the ICC adopts a functional and practical conception of fitness, which is still poorly systematized, prioritizing the maintenance of trials with the support of adaptations and compensatory measures. The conclusion therefore highlights the need for a sensitive balance between the protection of the rights of the accused and the implementation of international justice, reaffirming the fair trial as an essential pillar of International Criminal Law.

KEYWORDS: International Criminal Law. International Criminal Court. Fitness to stand trial. Fair trial. Meaningful participation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Julgamento equitativo perante o Tribunal Penal Internacional. 3. Jurisprudência do TPI sobre aptidão do acusado. 3.1. Caso *Laurent Gbagbo*. 3.2. Caso *Ogwen*. 3.3 Caso *Al Hassan*. 4. Garantindo um equilíbrio. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Fair Trial before the International Criminal Court. 3. ICC Jurisprudence on Fitness of the Accused. 3.1. Laurent Gbagbo Case. 3.2. Ogwen Case. 3.3 Al Hassan Case. 4. Ensuring a Balance. 5. Conclusion. 6. Bibliography.

1. INTRODUÇÃO

A aptidão do réu para julgamento é um dos elementos essenciais para a realização de um processo penal internacional legítimo. No âmbito do Tribunal Penal Internacional (TPI), a verificação dessa aptidão adquire contornos particularmente complexos, dada a gravidade dos crimes julgados e a diversidade dos contextos individuais dos acusados. Por isso, a participação significativa do réu, além de condição jurídica, é uma exigência ética que sustenta a legitimidade do procedimento e a credibilidade da justiça internacional. Quando inexistente, compromete-se não apenas o direito de defesa, mas também a eficácia do processo e a integridade da resposta institucional diante de crimes que afetam a consciência da humanidade.

A relevância do tema se manifesta, então, no aumento de alegações de inaptidão física ou mental por parte de acusados, sobretudo em razão de idade avançada, traumas psicológicos e longos períodos de detenção. Ao mesmo tempo, vítimas e comunidades afetadas exigem respostas concretas e céleres, o que intensifica o desafio de compatibilizar a proteção dos direitos fundamentais do acusado com a promoção da justiça reparadora. Nesse contexto, torna-se necessário compreender como o TPI lida com a ausência de parâmetros normativos objetivos sobre a aptidão do réu, e de que forma sua jurisprudência tem construído critérios práticos, ainda que fragmentados, para lidar com a matéria.

O objetivo deste trabalho é analisar criticamente a relação entre a aptidão do réu e a garantia de um julgamento equitativo perante o TPI, com base na jurisprudência do Tribunal e nas experiências processuais consolidadas. O foco recai sobre a noção de participação significativa como requisito funcional e dinâmico, e não meramente clínico, para a continuidade dos julgamentos. Nesse sentido, busca-se identificar como a Corte tem interpretado esse conceito à luz dos limites do Estatuto de Roma e das regras complementares de procedimento.

A análise será conduzida por meio do método dedutivo, partindo do exame das normas internacionais que regem o funcionamento do TPI, passando pela interpretação jurisprudencial dos casos concretos — com destaque para os processos contra Laurent Gbagbo, Dominic Ongwen e Al Hassan — até chegar às propostas que visam equilibrar a proteção dos réus e os direitos das vítimas à justiça. O marco teórico articula o direito penal

internacional, os direitos humanos e os princípios do devido processo legal, com ênfase na dignidade da pessoa humana e na efetividade da defesa técnica e material.

2. JULGAMENTO EQUITATIVO PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Direito Penal Internacional (DPI), assim como os sistemas jurídicos nacionais, reconhece que a responsabilização penal pressupõe que o acusado possua a capacidade de compreender e participar do processo judicial³. Isto é, a questão da aptidão para ser julgado se pauta no direito fundamental do acusado a um julgamento justo, buscando não apenas evitar veredictos imprecisos, mas também preservar a dignidade moral do processo penal e impedir situações de manifesta injustiça em relação ao réu⁴. Em tais circunstâncias, a ideia da equidade dita que a pessoa seja permanentemente desviada do sistema de justiça criminal ou que seu julgamento seja suspenso até a recuperação da capacidade processual⁵.

Em outras palavras, submeter o réu a um julgamento no qual não possa exercer plenamente sua defesa, ou seja, colocá-lo numa posição em que as evidências são introduzidas e desenvolvidas sem que possa contribuir ou contestar o registro factual, resulta num procedimento falho que pode, por exemplo, ferir o processo de coleta de evidências como um todo e, conseqüentemente, ir de encontro a um julgamento equitativo e célere⁶.

Além dos aspectos jurídicos que envolvem a determinação da aptidão, é importante observar que existe um incentivo considerável para que os acusados aleguem incapacidade mental ou física como estratégia de defesa⁷. Tais alegações podem envolver tanto a suposta incapacidade de suportar os rigores do julgamento quanto a alegação de insanidade no momento dos fatos, numa tentativa de impedir ou postergar a responsabilização

³ FRECKELTON, Ian; KARAGIANNAKIS, Magda. *Fitness to Stand Trial under International Criminal Law*. In: MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 273.

⁴ VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION. **Review of the Crimes (Mental Impairment and Unfitness to be Tried) Act 1997: report**. Melbourne, VIC: Victorian Law Reform Commission, 2014, p. 66.

⁵ MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 1.

⁶ WHEELER, Caleb. H.. *Trial in All but Name: Continuing Proceedings in Contravention of the Right to Be Present at Trial*. **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, Cardiff, vol. 23 n. 2, p. 283-309, 2024. Disponível em: https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/170602/4/lape-article-p283_5.pdf. Acesso em 8 mai. 2025, p. 301-302.

⁷ FRECKELTON, Ian; KARAGIANNAKIS, Magda. *Fitness to Stand Trial under International Criminal Law: Challenges for Law and Policy*. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, vol. 12, n. 4, p. 705-729, jul./ago. 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/12/4/705/813498?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em 13 abr. 2025, p. 707.

penal. Soma-se a isso o fato de que, devido aos frequentes atrasos na tramitação de processos no Direito Penal Internacional — motivados por fatores como a complexidade dos casos, a dificuldade de reunir provas e a cooperação interestatal —, muitos dos acusados acabam sendo levados a julgamento em idade avançada, quando já não desfrutam de plenas condições de saúde física ou mental⁸. Por essas razões, a questão da aptidão é não apenas recorrente, mas também genuína e de grande relevância no contexto do Direito Penal Internacional.

Sendo assim, a questão existe desde os seus primórdios, estando presente já no Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMI), como o notório caso de Gustav Krupp, em que o Tribunal optou por manter o processo formalmente ativo, adiando indefinidamente o julgamento com a justificativa de aguardar uma eventual melhora das condições mentais do acusado, o que nunca ocorreu⁹. De modo semelhante, Rudolf Hess, também levantou debates quanto à aptidão do acusado, em razão de episódios de amnésia e comportamento instável, isso porque confessou que havia simulado a amnésia para enganar os peritos, o que revelou como tais alegações podem ser manipuladas estrategicamente pelos réus¹⁰.

A problemática se estende a atualidade, como no caso de Félicien Kabuga, acusado de financiar o genocídio de Ruanda. Seu julgamento, conduzido pelo Mecanismo Residual Internacional para Tribunais Criminais (IRMCT), foi colocado recentemente em estado indefinido após ser concluído que Kabuga não possuía condições mentais adequadas para participar de seu julgamento¹¹. Considerou-se, em primeiro momento, prosseguir com um “procedimento de constatação alternativa” – *Trial of Facts*, semelhante a um julgamento, porém sem possibilidade de veredicto, fornecendo uma conclusão sobre se o réu cometeu o crime, sem uma avaliação retrospectiva do estado mental do réu naquele momento. O que para alguns pode ser uma forma de garantir justiça às vítimas, para outros pode significar um desrespeito ao direito do acusado de estar presente e participar de forma efetiva do processo¹².

⁸ *Ibid.*

⁹ FRECKELTON, Ian; KARAGIANNAKIS, Magda. *Fitness to Stand Trial under International Criminal Law*. In: MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 276.

¹⁰ CIMA, M.; MERCKELBACH, H.; NIJMAN, H.; KNAUER, E.; HOLLNACK, S. I can't remember Your Honor: Offenders who claim amnesia. **German Journal of Psychiatry**, Göttingen, vol. 5, n. 1, p. 24-34, jan./fev. 2002, p. 26.

¹¹ UNITED NATIONS. **International Residual Mechanism for Criminal Tribunals**. Trial Chamber., Processo nº MICT-13-38-T (Prosecutor v. Felicien Kabuga - Decision Imposing an Indefinite Stay of Proceedings). Julgamento: 8 set. 2023. Disponível em: <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Decision/NotIndexable/MICT-13-38/MRA26883R0000661986.pdf>. Acesso em 13 abr. 2025.

¹² WHEELER, Caleb. H.. Trial in All but Name: Continuing Proceedings in Contravention of the Right to Be Present at Trial. **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, Cardiff, vol. 23 n. 2, p. 283-309, 2024. Disponível em: https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/170602/4/lape-article-p283_5.pdf. Acesso em 8 mai. 2025, p. 308.

Contudo, talvez o principal marco na definição dos contornos da aptidão na jurisprudência penal internacional é a decisão da Câmara de Apelações no caso *Prosecutor v Strugar* perante o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia (TPIJ)¹³. Esta decisão analisou profundamente o tema sob o ponto de vista de outras cortes penais internacionais *ad hoc*, de jurisdições nacionais, assim como sob as perspectivas do *common law* e do *civil law*¹⁴, estabelecendo o "teste da participação significativa" como o limiar apropriado para determinar a aptidão para ser julgado. A aptidão para ser julgado, então, não se limita à mera presença de uma condição médica, mas sim à capacidade do acusado de exercer seus direitos de defesa de forma eficaz¹⁵. Isso implica que os acusados devem ser capazes de participar efetivamente de seu julgamento e ter uma compreensão dos elementos essenciais dos procedimentos.

Outrossim, o teste de participação significativa envolve a avaliação de uma lista não exaustiva de capacidades¹⁶. Estas incluem a capacidade de: (i) Declarar-se culpado ou não culpado; (ii) Compreender a natureza das acusações; (iii) Compreender o curso dos procedimentos; (iv) Compreender os detalhes das provas; (v) Instruir a defesa; (vi) Compreender as consequências dos procedimentos; (vii) Testemunhar.

O cerne da "participação significativa" reside, pois, em se as condições médicas ou outras deficiências afetam a capacidade do acusado de exercer seus direitos de forma significativa, e não necessariamente em se diagnosticar um eventual transtorno mental, por exemplo¹⁷. Tal entendimento trouxe um precedente crucial, visto que foi subsequentemente seguido e aplicado pelo Tribunal Penal Internacional, tendo em vista que nem o Estatuto de Roma e nem as *Rules of Procedure and Evidence* do TPI (RPE) contêm qualquer disposição que aborde especificamente a aptidão para ser julgado¹⁸.

Isso porque, nota-se que o TPI foi instituído oficialmente em 2002, podendo se afirmar que 22 anos é um período muito curto para formular avaliações universais e

¹³ Ver "UNITED NATIONS. **International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991**. Appeals Chamber. Caso nº IT-01-42-A (Prosecutor v. Pavle Strugar). Julgamento: 17 de julho de 2008. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/en/080717.pdf>. Acesso em 13 abr. 2025".

¹⁴ *Ibid.*, p. 18-25.

¹⁵ UNITED NATIONS. **International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991**. Appeals Chamber. Caso nº IT-01-42-A (Prosecutor v. Pavle Strugar). Julgamento: 17 de julho de 2008. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/en/080717.pdf>. Acesso em 13 abr. 2025, p. 17.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ **INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**. Pre-Trial Chamber I. Caso nº ICC-02/11-01/11-286-Red (The Prosecutor V. Laurent Gbagbo - *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to take part in the proceedings before this Court*). Julgamento: 2 nov. 2012. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02-11-01-11>. Acesso em: 18 abr. 2025, p. 14.

conclusivas. Trata-se de um projeto ambicioso, mas ainda fresco¹⁹, que precisa da definição de parâmetros sobre determinados aspectos que podem se repetir ao longo do tempo, como vem acontecendo e continuará, com a capacidade do acusado para ser julgado.

Por ora, o que se tem no Tribunal no tocante à estrutura legal para garantir julgamentos equitativos frente a aptidão do réu, é o disposto nos Artigos 64(2)²⁰ e 67(1)²¹ do Estatuto de Roma. A interpretação destes artigos pela Câmara de Pré-Julgamento do TPI, em consonância com os princípios delineados em *Strugar*, enfatiza que um julgamento justo pressupõe a capacidade do acusado de: (i) Entender detalhadamente a natureza, a causa e o conteúdo das acusações; (ii) Entender a condução dos procedimentos; (iii) Instruir sua defesa; (iv) Entender as consequências dos procedimentos; (v) Fazer uma declaração.

Todavia, contrariamente ao caso *Strugar* – em que se incumbe ao acusado provar a alegação de inaptidão²², a Regra 135(4) das RPE²³ dispõe que os procedimentos não devem prosseguir contra um acusado considerado inapto a ser julgado, sendo possível deduzir que as partes não têm um ônus de prova como tal, cabendo apenas que auxiliem a Câmara no exercício de sua obrigação de garantir um julgamento justo²⁴.

¹⁹ DITTRIC, Viviane E.. The International Criminal Court: Between Continuity and Renewal. In: HEINZE, Alexander; DITTRICH, Viviane E. (Org.). **The Past, Present and Future of the International Criminal Court**. 1. ed. Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2021, p. 27.

²⁰ “Artigo 64(2) do Estatuto de Roma: O Juízo de Julgamento em Primeira Instância zelarà para que o julgamento seja conduzido de maneira equitativa e célere, com total respeito dos direitos do acusado e tendo em devida conta a proteção das vítimas e testemunhas”. Ver “TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. DECRETO Nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 25 set. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 29 out. 2024”.

²¹ Artigo 67(1) do Estatuto de Roma: “Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade (...). Ver “TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. DECRETO Nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 25 set. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 29 out. 2024”.

²² UNITED NATIONS. **International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991**. Appeals Chamber. Caso nº IT-01-42-A (Prosecutor v. Pavle Strugar). Julgamento: 17 de julho de 2008. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/en/080717.pdf>. Acesso em 13 abr. 2025, p. 25.

²³ Regra 135(4) das RPE do TPI: “Where the Trial Chamber is satisfied that the accused is unfit to stand trial, it shall order that the trial be adjourned. The Trial Chamber may, on its own motion or at the request of the prosecution or the defence, review the case of the accused. In any event, the case shall be reviewed every 120 days unless there are reasons to do otherwise. If necessary, the Trial Chamber may order further examinations of the accused. When the Trial Chamber is satisfied that the accused has become fit to stand trial, it shall proceed in accordance with rule 132”. Ver “TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Rules of Procedure and Evidence (RPE)**. The Hague: International Criminal Court, 2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>. Acesso em: 29 out. 2024”.

²⁴ FRECKELTON, Ian; KARAGIANNAKIS, Magda. Fitness to Stand Trial under International Criminal Law: Challenges for Law and Policy. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, vol. 12, n. 4, p. 705-729,

Ademais, a mesma regra estabelece que, caso a Câmara de Julgamento conclua que o acusado está inapto para ser julgado, deve ordenar o adiamento do julgamento, com a obrigação de revisar a situação do réu a cada 120 dias²⁵. Contudo, observa-se que a norma não define limites quanto ao número de revisões possíveis, tampouco especifica as consequências jurídicas nos casos em que a inaptidão do acusado seja permanente.

Essa lacuna normativa gera tensões, especialmente considerando que o Estatuto de Roma, em seu artigo 64(2), afirma que o julgamento deve ser conduzido de maneira célere. Na prática, porém, essa diretriz pode entrar em conflito com a possibilidade de adiamentos sucessivos e indefinidos, à espera de uma eventual recuperação do acusado — como se verificou no caso de Gustav Krupp. Nessas circunstâncias, há um evidente prejuízo não apenas aos direitos fundamentais do acusado, que permanece indefinidamente sob o peso de um processo ativo, mas também às vítimas, que aguardam por justiça de forma incerta, além da própria eficiência e celeridade do procedimento penal internacional.

Diante dessa insegurança jurídica, a jurisprudência internacional revela uma linha tênue entre garantir um julgamento efetivo que atenda às expectativas das vítimas e assegurar os direitos fundamentais do réu²⁶. A suspensão — ou mesmo a impossibilidade de prosseguimento do julgamento — em razão da inaptidão do acusado, pode causar um profundo senso de injustiça às vítimas que buscam a responsabilização pelos crimes sofridos. Em muitos casos, a reparação das vítimas depende diretamente da comprovação dos crimes e da consequente condenação do acusado²⁷. Assim, quando um réu é considerado permanentemente inapto para ser julgado, abre-se a possibilidade de que as vítimas jamais tenham a oportunidade de ver formalmente responsabilizados os autores de seus sofrimentos.

Embora em muitos casos a reparação dos danos causados inclua aspectos econômicos, esta não pode ser tratada de forma isolada ou suficiente. A reparação, portanto,

jul./ago. 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/12/4/705/813498?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em 13 abr. 2025, p. 723.

²⁵ Ver “Rule 135(4)” em “TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Rules of Procedure and Evidence (RPE). The Hague: International Criminal Court, 2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>. Acesso em: 29 out. 2024”.

²⁶ UNITED NATIONS. **International Residual Mechanism for Criminal Tribunals**. Appeals Chamber., Processo nº MICT-13-38-AR80 (Prosecutor V. Félicien Kabuga - Decision on Appeals of Further Decision on Félicien Kabuga’s Fitness To Stand Trial). Julgamento: 7 ago. 2023. Disponível em: https://www.irmct.org/sites/default/files/case_documents/DECISION-ON-APPEALS-OF-FURTHER%20DECISION-ON-FE%CC%81LICIEEN-KABUGA%E2%80%99S-FITNESS-TO-STAND-TRIAL.pdf. Acesso em: 14 abr. 2025, p. 37.

²⁷ VEGA GONZÁLEZ, P.. O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do tribunal. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 3, n. 5, p. 18–41, dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/dh4bTfwpgTNtBxm3QyDHCYt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 16 abr. 2025, p. 29-30.

deve partir de uma perspectiva integral, que leve em conta a totalidade da experiência da vítima, incluindo os impactos simbólicos da violação de seus direitos. Isso porque, o ser humano não busca apenas compensações materiais, mas também reconhecimento, dignidade e justiça²⁸ — dimensões essenciais que devem ser contempladas em qualquer resposta institucional séria diante de crimes internacionais.

Nesse contexto, os *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation* das Nações Unidas,²⁹ aprovados pela Assembleia Geral em 2005, estabelecem que a reparação deve ser “adequada, eficaz e completa”, contemplando não só a compensação financeira, mas também a restituição, a reabilitação, as garantias de não repetição e, especialmente, a satisfação³⁰. Esta última categoria inclui medidas simbólicas fundamentais, como o reconhecimento público das violações, a busca e divulgação da verdade, as desculpas formais e os memoriais em honra às vítimas³¹.

Assim, ainda que o TPI seja uma corte *sui generis*³², com peculiaridades institucionais decorrentes de sua natureza internacional e da complexidade dos crimes que julga, ele está submetido aos marcos normativos de direitos humanos que sustentam o sistema jurídico internacional³³. Por isso, mesmo em casos nos quais o julgamento pleno do acusado se torna inviável — como diante da constatação de inaptidão permanente —, o TPI não deve estar isento da obrigação de adotar medidas reparatórias que deem visibilidade à narrativa das vítimas e reafirmem a condenação moral dos crimes cometidos³⁴.

Ou seja, a legitimação simbólica da dor e a afirmação da verdade histórica são, como reconhece o Principle IX (22(b)) dos mesmos Princípios³⁵, elementos essenciais da

²⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú – Reparaciones y Costas – Sentencia de 27 de nov. 1998. Julgamento: 27 nov. 1998. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. Acesso em 16 abr. 2025, p. 3.

²⁹ UNITED NATIONS. **Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law**. New York: United Nations, 2006. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>. Acesso em: 15 maio 2025.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² NETO, José Ignacio Coelho Mendes. **Modelo de Cooperação entre Estados Interagentes: O Tribunal Penal Internacional como Emergência de um Primeiro Regime de Direito Internacional Penal**. São Paulo, 2005. 154f. Tese (Mestrado). Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-07112005-113837/publico/DissertacaoVersaoFinalREV.pdf>. Acesso em 15 mai. 2025, p. 79.

³³ *Ibid.*, p. 110.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ UNITED NATIONS. **Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law**. New York: United Nations, 2006. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>.

satisfação devida às vítimas de violações graves do direito internacional. Nessa perspectiva, mecanismos como a constatação formal dos fatos, declarações oficiais e o registro institucional da memória das vítimas representam formas compatíveis com o direito internacional de assegurar justiça³⁶, mesmo quando a responsabilização penal tradicional é juridicamente inviável.

É por isso então que a aptidão do réu para ser julgado representa um dos pilares essenciais para assegurar um julgamento verdadeiramente equitativo no âmbito do Tribunal Penal Internacional. Isto é, garantir que o acusado possua condições reais de compreender e participar do processo não apenas protege seus direitos fundamentais, mas também fortalece a legitimidade do sistema perante as vítimas e a comunidade internacional. Essa equidade processual exige, portanto, que se evite tanto a perseguição de um réu inepto quanto o abandono da busca por justiça diante da inaptidão permanente. Trata-se de um equilíbrio sensível, que traduz a própria lógica de justiça do TPI. No tópico seguinte, portanto, serão analisadas as manifestações jurisprudenciais do Tribunal sobre esse tema, a fim de verificar como esses princípios têm sido efetivamente aplicados na prática.

3. JURISPRUDÊNCIA DO TPI SOBRE A APTIDÃO DO ACUSADO

Como mencionado anteriormente, o Tribunal Penal Internacional é uma corte recente e que atualmente exerce jurisdição sobre 33 casos³⁷. Ao longo de sua trajetória, diversas foram as teses defensivas levantadas no julgamento dos acusados, sendo a questão da aptidão para pleitear suscitada e devidamente debatida em três casos paradigmáticos: (i) Laurent Gbagbo; (ii) Dominic Ongwen e; (iii) Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud.

Ressalta-se, ainda, que o tema permanece em discussão no caso *Prosecutor v. Mahamat Said Abdel Kani*, atualmente pendente de deliberação, uma vez que a Câmara de Julgamento determinou a realização de um novo exame médico como condição essencial para

mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation. Acesso em: 15 maio 2025.

³⁶ UNITED NATIONS. **Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law**. New York: United Nations, 2006. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>. Acesso em: 15 maio 2025.

³⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Cases**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/cases>. Acesso em: 18 abr. 2025.

a continuidade do processo³⁸. Diante disso, a presente análise concentra-se nos desdobramentos da aptidão para ser julgado no âmbito do TPI tão somente com base nos casos que já possuem decisões consolidadas sobre a matéria.

3.1. CASO LAURENT GBAGBO

Laurent Gbagbo foi o antigo presidente da Costa do Marfim, acusado de crimes contra a humanidade supostamente cometidos no contexto da violência pós-eleitoral entre dezembro de 2010 e abril de 2011³⁹. Diante desse contexto, o caso *Prosecutor v. Laurent Gbagbo* trouxe, pela primeira vez, ao Tribunal Penal Internacional, a necessidade de enfrentar a questão da aptidão mental de um acusado para participar efetivamente de um processo penal internacional.

Sendo assim, a avaliação da aptidão de Laurent Gbagbo ocorreu tanto na fase pré-judicial quanto na fase de julgamento de seus processos. Na fase pré-judicial, a defesa requereu o adiamento da audiência de confirmação das acusações, além da realização de exames médicos e psicológicos, sob a alegação de que Gbagbo não possuía condições de compreender o processo ou participar dele de forma significativa. Em resposta, a Câmara de Pré-Julgamento determinou a nomeação de especialistas independentes, incluindo psiquiatras e psicólogos, para avaliar a condição clínica do acusado⁴⁰.

Com base nos relatórios técnicos e nas audiências realizadas com os peritos, a Câmara concluiu que Gbagbo estava apto para ser julgado⁴¹, ainda que apresentasse sintomas de Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT) e síndrome de hospitalização que, embora relevantes do ponto de vista médico, não afetavam de modo substancial sua capacidade de acompanhar os procedimentos. De igual forma, a decisão ressaltou que o fato de o acusado não possuir conhecimento técnico-jurídico para conduzir sua própria defesa não seria impeditivo para sua aptidão, especialmente quando legalmente representado⁴².

³⁸ Ver “INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 01/14-01/21. (The Prosecutor v. Mahamat Said Abdel Kani - *Second Order Pursuant to Rule 135 of the Rules of Procedure and Evidence*). 2024. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180851d12.pdf>. Acesso em 24 abr. 2025”.

³⁹ FRECKELTON, Ian; KARAGIANNAKIS, Magda. *Fitness to Stand Trial under International Criminal Law*. In: MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. *Fitness to plead: International and Comparative Perspectives*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 290.

⁴⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-Trial Chamber I. Caso nº ICC-02/11-01/11-286-Red (The Prosecutor V. Laurent Gbagbo - *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to take part in the proceedings before this Court*). Julgamento: 2 nov. 2012. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_05036.PDF. Acesso em: 18 abr. 2025, p. 3.

⁴¹ *Ibid*, 36.

⁴² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-Trial Chamber I. Caso nº ICC-02/11-01/11-286-Red (The Prosecutor V. Laurent Gbagbo - *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to take part in the proceedings*

Contudo, é importante destacar que, em que pese a decisão da Câmara não depender exclusivamente das avaliações médicas para declarar a aptidão do acusado — como adotado no caso *Strugar*, os relatórios psiquiátricos e psicológicos foram praticamente uníssonos ao diagnosticar Gbagbo com TEPT, levantando dúvidas relevantes quanto à sua capacidade de pleitear de forma significativa. Um dos especialistas, por exemplo, apontou que:

Mr Gbagbo does not appear to [have] assimilated in any way the conduct of the proceedings against him (...) has no real capacity to issue to counsel clear, precise and strategically-meaningful instructions (...) does not seem to have grasped the full extent of the proceedings against him (...). The reality of Mr Laurent Gbagbo's physical and psychological state, make clear that PTSD and a major depressive syndrome are present. (...) I doubt his ability to make a statement (...). I find that he is unfit to prepare his defence and cope with the conduct and consequences of the proceedings against him⁴³.

Nesse contexto, observa-se que a definição de que a Câmara pode decidir de forma independente das arguições médicas, especialmente no tocante à suficiência da “capacidade de dar instruções ao advogado”, pode mascarar deficiências cognitivas relevantes que afetam a real compreensão dos fatos ou estratégias jurídicas⁴⁴. Há, por óbvio, uma diferença substancial entre ser juridicamente representado e ser cognitivamente apto para contribuir para a própria defesa⁴⁵.

before this Court). Julgamento: 2 nov. 2012. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_05036.PDF. Acesso em: 18 abr. 2025, p. 31.

⁴³ **INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**. Pre-Trial Chamber I. Caso nº ICC-02/11-01/11-286-Red (The Prosecutor V. Laurent Gbagbo - *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to take part in the proceedings before this Court*). Julgamento: 2 nov. 2012. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_05036.PDF. Acesso em: 18 abr. 2025, p. 26.

⁴⁴ FRECKELTON, Ian; KARAGIANNAKIS, Magda. Fitness to Stand Trial under International Criminal Law: Challenges for Law and Policy. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, vol. 12, n. 4, p. 705-729, jul./ago. 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/12/4/705/813498?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em 13 abr. 2025, p. 727.

⁴⁵ BONNIE, Richard J. The competence of criminal defendants: a theoretical reformulation. **Behavioral Sciences & the Law**, v. 10, n. 3, p. 291–316, 1992. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/bsl.2370100303>. Acesso em: 19 abr. 2025, p. 295.

Além disso, a complexidade inerente aos julgamentos perante o TPI — que frequentemente envolvem múltiplas acusações, extensos conjuntos probatórios e inúmeros testemunhos — pode revelar uma considerável exigência cognitiva ao acusado. Assim, mesmo que seja considerado “apto” com base em um critério mínimo, ainda poderá não dispor de plenas condições para exercer adequadamente seus direitos de defesa, como narra Ferguson: “(...) neither Budic nor Gorecki suggested that fitness to stand trial merely required a bare minimal cognitive understanding, rather than a rational analytical understanding of the charge (...)”⁴⁶.

Ainda assim, o caso Gbagbo foi fundamental para estabelecer, pela primeira vez, os princípios interpretativos relativos à aptidão mental do acusado sob a ótica do TPI⁴⁷. A abordagem da Câmara afastou a exigência de plena saúde mental e concentrou-se na suficiência funcional do acusado para participar do processo, admitindo inclusive a adoção de medidas práticas para mitigar os efeitos da detenção prolongada⁴⁸. O tribunal reconheceu, portanto, que, embora Gbagbo não fosse mais “a sombra de seu antigo eu”, essa condição, por si só, não seria suficiente para considerá-lo inapto⁴⁹.

Posteriormente, na fase de julgamento, a questão da aptidão voltou a ser suscitada. Todavia, novos exames médicos indicaram que Gbagbo apresentou melhora⁵⁰ e já não apresentava quadro clínico ativo de TEPT ou síndrome de hospitalização⁵¹, havendo recuperado consideravelmente suas funções cognitivas. Embora houvesse uma propensão à fadiga devido a sua idade avançada e a falta de estímulos sociais do ambiente da detenção⁵², a Câmara de Julgamento entendeu por bem que acomodações como períodos de descanso seriam suficientes, de forma a reiterar a aptidão do acusado para responder ao processo⁵³.

Assim, o caso Laurent Gbagbo evidenciou que, no contexto dos julgamentos perante o TPI, a noção de aptidão mental do acusado transcende a mera formalidade médica e

⁴⁶ FERGUSON, Gerry. Unfit to Stand Trial: Canadian Law. In: MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 109.

⁴⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-Trial Chamber I. Caso nº ICC-02/11-01/11 (The Prosecutor V. Laurent Gbagbo - *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to take part in the proceedings before this Court*). Julgamento: 2 nov. 2012. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02-11-01-11>. Acesso em: 18 abr. 2025, p. 14.

⁴⁸ *Ibid*, p. 34.

⁴⁹ *Ibid*, p. 29.

⁵⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. Caso nº ICC-02/11-01/15 (The Prosecutor V. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé - *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to stand trial*). Julgamento: 27 nov. 2015. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_22858.PDF. Acesso em: 19 abr. 2025, p. 19/20.

⁵¹ *Ibid*, p. 23.

⁵² *Ibid*, p. 13.

⁵³ *Ibid*, p. 24-25.

alcança dimensões mais amplas, envolvendo a real capacidade de participar significativamente de sua própria defesa. Ao adotar uma abordagem funcional e pragmática, o Tribunal deu um passo importante ao reconhecer que a plena saúde mental não é pré-requisito absoluto para o prosseguimento do processo, mas também revelou os desafios éticos e jurídicos implicados em decisões que podem minimizar deficiências cognitivas relevantes.

3.2. CASO DOMINIC ONGWEN

Na sequência, o caso *Prosecutor v. Dominic Ongwen* representa outro marco relevante na jurisprudência do TPI. Ex-comandante do Exército de Resistência do Senhor (LRA, na sigla em inglês), Ongwen foi sequestrado ainda criança por esse grupo armado e posteriormente ascendeu posições de liderança⁵⁴, sendo acusado de crimes de guerra e crimes contra a humanidade⁵⁵. O seu histórico como vítima de recrutamento forçado trouxe à tona discussões profundas quanto à sua capacidade de autodeterminação e responsabilidade penal, desafiando os limites da atuação do TPI em cenários de vítimas que se tornam perpetradores⁵⁶.

No decorrer do processo, diversas foram as teses defensivas suscitadas envolvendo a saúde mental de Ongwen, como aptidão para ser julgado, insanidade nos termos do Artigo 31(1)(a) do Estatuto de Roma, atenuação da pena com base na capacidade mental diminuída, coação e os efeitos cumulativos da saúde mental e da coação⁵⁷. Como este trabalho busca explorar tão somente o fenômeno da aptidão para pleitear, restringe-se a análise ao exame da então capacidade atual de Ongwen de compreender e participar do processo.

Inicialmente, em 2016, a defesa solicitou uma avaliação médica para verificar se Ongwen estava em condições psicológicas adequadas para compreender o processo e colaborar com sua defesa⁵⁸. Paralelamente, o próprio TPI nomeou o Professor de Jong para

⁵⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15 (The Prosecutor v Ongwen – *Ongwen Trial Judgement*). Julgamento: 4 fev. 2021. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01026.PDF. Acesso em 19 abr. 2025, p. 9.

⁵⁵ *Ibid*, p. 17-21.

⁵⁶ CHIFFLET, Pascale; FRECKELTON, Ian. The mental incapacity defence in international criminal law: Ramifications from the Ongwen trial judgment. *International Criminal Law Review*, Leiden, vol. 22, n. 5, p. 751-779, 2022. Disponível em file:///C:/Users/Usuario/Downloads/The_Mental_Incapacity_Defence_in_International_Cri.pdf. Acesso em 19 abr. 2025, p. 753-754.

⁵⁷ HIROMOTO, Lee; SPARR, Landy F. Ongwen and Mental Health Defenses at the International Criminal Court. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, [S.l.], v. 51, n. 1, p. 61–71, 2023. Disponível em: <https://jaapl.org/content/jaapl/51/1/61.full.pdf>. Acesso em 19 abr. 2025, p. 61.

⁵⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15 (The Prosecutor v Ongwen - *Decision on the Defence Request to Order a Medical Examination of Dominic Ongwen*). Julgamento: 16 dez.

realizar uma avaliação independente⁵⁹, com o objetivo específico de verificar a aptidão atual de Ongwen para ser julgado. Essa avaliação foi cuidadosamente separada de outra análise possível — a de sua responsabilidade penal no momento dos crimes. Essa distinção, aliás, é fundamental: enquanto a aptidão para ser julgado examina o estado mental presente do acusado, ou seja, se ele tem condições de acompanhar o processo e exercer sua defesa, a análise de inimputabilidade (*mens rea*) se refere ao estado psicológico do réu à época da conduta criminosa, questionando se ele tinha discernimento suficiente para entender o caráter ilícito de seus atos⁶⁰.

Nesse sentido, o laudo pericial elaborado por Dr. de Jong, apresentado em janeiro de 2017, identificou que Ongwen também apresentava diagnóstico de Transtorno de Estresse Pós-Traumático, bem como episódio depressivo e transtorno dissociativo não especificado⁶¹. Malgrado o psiquiatra sequer tenha prestado depoimento durante o julgamento⁶², sendo inclusive o único especialista apontado pela Corte, a Câmara de Julgamento concluiu que Ongwen estava mentalmente apto para enfrentar o julgamento⁶³, rejeitando outros dois pedidos da defesa de examinar a competência do acusado nos ditames da Regra 135 da RPE.

A fundamentação das decisões envolveu a ausência de elementos clínicos novos e suficientes que indicassem uma modificação relevante no estado mental do réu. Assim, o Tribunal reafirmou a suficiência da avaliação anterior e considerou que Ongwen permanecia apto a ser julgado. Também, destacou que declarações anteriores do próprio acusado, prestadas ainda na fase pré-julgamento, já evidenciavam capacidade cognitiva compatível com o exercício de sua defesa, demonstrando familiaridade com os termos da acusação e com a lógica do processo.

2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_25907.PDF. Acesso em 19 abr. 2025, p. 3.

⁵⁹ *Ibid*, p. 17-18.

⁶⁰ CADOPPI, Alberto; CELVA, Mattia. Competency to Stand Trial in Italy. In: MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 270.

⁶¹ **INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15 (The Prosecutor v Ongwen – *Ongwen Trial Judgement*). Julgamento: 4 fev. 2021. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01026.PDF. Acesso em 19 abr. 2025, p. 908.

⁶² *Ibid*.

⁶³ Ver “**INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15. (The Prosecutor v. Dominic Ongwen - *Decision on Defence Request to Order an Adjournment and a Medical Examination*). Julgamento: jan. 2019. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_00129.PDF. Acesso em: 19 abr. 2025” e “**INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15. (The Prosecutor v. Dominic Ongwen - *Decision on Further Defence Request for a Medical Examination*). Julgamento: set. 2019. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_05847.PDF. Acesso em: 19 abr. 2025”.

Outro ponto relevante diz respeito a como o Tribunal baseou sua decisão apenas no relatório do psiquiatra nomeado, mesmo diante da apresentação de especialistas independentes pela defesa. Diante disso, alguns autores afirmam que questões culturais desempenharam um papel controverso em várias fases do julgamento⁶⁴. Os especialistas da defesa, por exemplo, buscaram introduzir uma abordagem de psiquiatria cultural, enfatizando como experiências metafísicas e crenças espirituais do povo Acholi poderiam influenciar as percepções de Ongwen⁶⁵. No entanto, a Câmara minimizou essas abordagens, alegando que a defesa não articulou como tais fatores impactavam a análise clínica, o que mostra uma certa resistência no TPI em se envolver com as dimensões culturais dos serviços de saúde mental forense⁶⁶.

Ainda que essa desconsideração tenha ocorrido no âmbito da responsabilidade penal e não diretamente na avaliação da aptidão, essa falta de engajamento mais profundo com o contexto cultural de Ongwen pode evidenciar um viés implícito por parte do Tribunal, comprometendo a compreensão integral de sua saúde mental. A caracterização, pelo perito da acusação Professor W-P, dos relatórios apresentados pela defesa como "insuficientes, infundados, inconsistentes, contraditórios ou negligentes em todos os aspectos"⁶⁷ demonstra uma postura de desvalorização de perspectivas que não se encaixam nos modelos ocidentais tradicionais da psiquiatria forense⁶⁸.

Para além do prejuízo que isso pode trazer ao réu, nota-se que se a condenação de Dominic Ongwen foi alcançada sem levar em consideração de forma adequada seu trauma como criança-soldado e o potencial impacto desse trauma em sua capacidade mental, a legitimidade desse processo pode então ser questionada. Isso porque, um julgamento que não

⁶⁴ Ver "LYONS, Beth S. If Black Were White: The Impact of Racial and Cultural Biases on the Ongwen Trial Judgment. [S.l.]: SSRN, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4576934>. Acesso em: 19 abr. 2025" e "CHIFFLET, Pascale; FRECKELTON, Ian. The mental incapacity defence in international criminal law: Ramifications from the Ongwen trial judgment. **International Criminal Law Review**, Leiden, vol. 22, n. 5, p. 751-779, 2022. Disponível em file:///C:/Users/Usuario/Downloads/The_Mental_Incapacity_Defence_in_International_Cri.pdf. Acesso em 19 abr. 2025".

⁶⁵ LYONS, Beth S. If Black Were White: The Impact of Racial and Cultural Biases on the Ongwen Trial Judgment. [S.l.]: SSRN, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4576934>. Acesso em: 19 abr. 2025, p. 26.

⁶⁶ CHIFFLET, Pascale; FRECKELTON, Ian. The mental incapacity defence in international criminal law: Ramifications from the Ongwen trial judgment. **International Criminal Law Review**, Leiden, vol. 22, n. 5, p. 751-779, 2022. Disponível em file:///C:/Users/Usuario/Downloads/The_Mental_Incapacity_Defence_in_International_Cri.pdf. Acesso em 19 abr. 2025, p. 776.

⁶⁷ LYONS, Beth S. If Black Were White: The Impact of Racial and Cultural Biases on the Ongwen Trial Judgment. [S.l.]: SSRN, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4576934>. Acesso em: 19 abr. 2025, p. 32.

⁶⁸ *Ibid.*

explora profundamente a complexa dinâmica de vítima-perpetrador e as "escolhas sem escolha" feitas em situações extremas⁶⁹ pode não oferecer uma justiça completa, tanto para o réu quanto para as vítimas que merecem uma compreensão completa do contexto em que os crimes foram cometidos.

Um exemplo claro disso é a recusa de Ongwen em ser examinado pelos especialistas da acusação ter sido interpretada pelo *Office of the Prosecutor* (OTP) como parte de um "padrão de manipulação e cálculo"⁷⁰, circunstâncias que, sob outra ótica, poderiam ser interpretadas como manifestações legítimas de desconfiança decorrentes de traumas acumulados. Ao ignorar essas nuances, o Tribunal não apenas restringiu a compreensão do comportamento de Ongwen, como também esvaziou, em parte, o próprio propósito da avaliação de aptidão para ser julgado: assegurar que o acusado esteja, de fato, em condições psíquicas reais de compreender e participar do processo penal que enfrenta.

3.3. CASO AL HASSAN

Por fim, destaca-se o caso de Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (Al Hassan). Além de envolver a imputação de graves crimes contra a humanidade e crimes de guerra — como tortura, tratamento cruel, atentados à dignidade humana e outros atos desumanos cometidos em Timbuktu entre abril de 2012 e janeiro de 2013 por grupos armados como Ansar Dine e AQIM⁷¹ —, o episódio representa o mais recente e consolidado do Tribunal Penal Internacional a tratar de forma aprofundada a questão da aptidão do réu para ser julgado, em que é possível observar alguns avanços no tema.

A centralidade do tema em questão emergiu quando a defesa levantou sérias preocupações quanto ao estado psicológico de Al Hassan⁷². Em resposta, e nos termos da Regra 135 do Regulamento de Procedimento e Prova, a Câmara de Julgamento ordenou a

⁶⁹ DRUMBL, Mark A. Victims who victimise. *London Review of International Law*, Londres, v. 4, n. 2, p. 217–246, 2016. Disponível em: <https://academic.oup.com/lril/article-abstract/4/2/217/2222520>. Acesso em: 23 abr. 2025, p. 223-224.

⁷⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15. (The Prosecutor v Ongwen - *Public Redacted Version of "Prosecution Closing Brief"*). 2020. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2020_00646.PDF. Acesso em 23 abr. 2025, p. 152-153.

⁷¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-Trial Chamber. Caso nº 01/12-01/18. (The Prosecutor v. Al Hassan... - *Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan...*). 2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1808354d8.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2025, p. 7-8.

⁷² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. (The Prosecutor v. Al Hassan... - *Decision appointing experts for the purpose of a medical examination pursuant to Rule 135 of the Rules of Procedure and Evidence*). Caso nº 01/12-01/18. 2021 (Data original: 21 ago. 2020). Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_02522.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025, p. 6.

formação de um Painel de Peritos (POE)⁷³, incumbido de avaliar se o réu estava apto a compreender e participar do processo judicial. A composição multidisciplinar do POE — com peritos especializados em trauma e cultura⁷⁴ — marca um avanço significativo na sensibilidade do TPI diante das particularidades individuais e contextuais do acusado, especialmente no que se refere à dimensão transcultural da experiência do sofrimento psíquico.

O relatório produzido pelo POE⁷⁵ foi inconclusivo e indicou que, embora não houvesse unanimidade diagnóstica sobre a presença de um transtorno mental clínico nos moldes ocidentais, Al Hassan demonstrava sintomas consistentes com um trauma de traição e um quadro compatível com transtorno de estresse pós-traumático, especialmente diante do seu histórico pessoal e do contexto da detenção. Foram descritos obstáculos relevantes à sua participação processual, como a possibilidade de "gatilhos de trauma" associados ao uso de algemas ou ao confronto com membros do OTP em tribunal, que poderiam comprometer seriamente sua capacidade de prestar depoimento ou mesmo de manter estratégias psíquicas de enfrentamento. A conclusão foi de que, ainda que cognitivamente apto a entender o processo, sua participação era extremamente onerosa e suscetível a episódios de colapso psíquico⁷⁶.

A abordagem do TPI, ao considerar esses elementos em sua análise da aptidão, foi ao encontro do que propõe o caso *Strugar*. Tal como essa jurisprudência propôs — e como visto anteriormente, o foco da aptidão não deve se restringir a um diagnóstico clínico, mas sim à avaliação da capacidade funcional do réu de exercer, de modo significativo, seus direitos processuais⁷⁷. Nesse sentido, o TPI reafirma a noção de “participação efetiva” como elemento indissociável do devido processo legal, reafirmando que mesmo em situações em que não há um diagnóstico categórico, o sofrimento subjetivo e os efeitos práticos da condição mental do acusado não podem ser negligenciados.

Contudo, como aponta o relatório do POE: “(...) care is needed with the validity of the application of narrow fitness-to-plead criteria; they are susceptible to

⁷³ *Ibid*, p. 9.

⁷⁴ *Ibid*, p. 11.

⁷⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. (Public redacted version of “Annex to Registry Transmission of the Report of the Experts”). Caso nº 01/12-01/18, 2021. (Data original: 8 dez. 2020). Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2021_02491.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025, p. 4.

⁷⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. (Public redacted version of “Annex to Registry Transmission of the Report of the Experts”). Caso nº 01/12-01/18, 2021. (Data original: 8 dez. 2020). Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2021_02491.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025, p. 4.

⁷⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. (The Prosecutor v. Al Hassan... - *Decision on Mr Al Hassan's ongoing fitness to stand trial*). Caso nº 01/12-01/18. 2021. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_04431.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025, p. 24.

neglecting the mental health burden in a specific case under consideration of the individual's biographical and cultural make-up"⁷⁸. Ou seja, malgrado a participação efetiva busque, por si só, estabelecer a garantia de que os direitos do réu a um julgamento justo sejam incluídos, sua concretização não pode ser medida apenas pela presença física do acusado no tribunal ou pela sua capacidade cognitiva básica. Nesse contexto, o relatório oferece uma reflexão relevante sobre a superação do trauma, conforme se transcreve a seguir:

*"An independent investigation of the alleged torture would presumably clarify AH's status as a victim from an objective perspective, help to restore his feeling of justice in the present trial, and take away a significant source of insecurity for the evaluation of his mental health status"*⁷⁹.

Diante disso, o conceito de "presença significativa" adquire contornos particularmente complexos. No caso analisado, embora o réu estivesse presente e, em termos cognitivos, apto a exercer seus direitos, há dúvidas quanto à sua condição de verdadeiro "adversário autônomo" no processo — elemento central ao contraditório e à ampla defesa. Por essa razão, o relatório⁸⁰ propõe a realização de uma investigação externa sobre as alegações de tortura, considerando, por primeiro, Al Hassan como vítima. Tal medida contribuiria para assegurar uma participação efetiva no julgamento, ao oferecer uma base mais sólida e contextualizada para a avaliação de sua aptidão processual.

4. GARANTINDO UM EQUILÍBRIO

À luz dos casos analisados, observa-se que o Tribunal Penal Internacional tem buscado um equilíbrio cada vez mais refinado entre a efetividade da justiça para as vítimas e a

⁷⁸ **INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.** (Public redacted version of "Annex to Registry Transmission of the Report of the Experts"). Caso n° 01/12-01/18, 2021. (Data original: 8 dez. 2020). Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2021_02491.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025, p. 40.

⁷⁹ **INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.** (Public redacted version of "Annex to Registry Transmission of the Report of the Experts"). Caso n° 01/12-01/18, 2021. (Data original: 8 dez. 2020). Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2021_02491.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025, p. 40.

⁸⁰ Ver **"INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.** (Public redacted version of "Annex to Registry Transmission of the Report of the Experts"). Caso n° 01/12-01/18, 2021. (Data original: 8 dez. 2020). Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2021_02491.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025".

proteção dos direitos dos réus⁸¹, sobretudo quando sua aptidão mental é questionada. Ademais, reformas recentes, inspiradas na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (UNCRPD), sustentam que todas as pessoas possuem plena capacidade jurídica, mesmo diante de limitações cognitivas⁸². Nesse contexto, observa-se que o TPI já incorpora, em alguma medida, diversos elementos compatíveis com esses paradigmas, embora ainda haja espaço para evoluções significativas.

Um dos princípios centrais dessas novas abordagens é a ênfase no julgamento completo com apoio (*supported decision-making*)⁸³, que deve ser sempre preferido à declaração de inaptidão⁸⁴. Em vez de afastar o réu do processo sob o argumento de incapacidade, essa perspectiva propõe a criação de condições para que ele participe de forma significativa, com o devido suporte. Tal apoio pode incluir ajustes processuais, como sessões mais curtas, pausas regulares, medidas especiais de comunicação, uso de intermediários, defensores auxiliares e até mesmo o adiamento do julgamento para possibilitar o tratamento necessário.

No âmbito do TPI, já é possível identificar essa orientação na prática. No caso *Gbagbo*, por exemplo, observa-se que a Câmara reconheceu a fragilidade da saúde do réu, mas em vez de declará-lo inapto, implementou ajustes procedimentais para garantir sua participação — como a limitação da duração das audiências e a oferta de tratamento médico. Da mesma forma, no caso *Al Hassan*, mesmo diante de alegações de sofrimento psicológico, o Tribunal decidiu que o acusado permanecia apto, ao mesmo tempo em que assegurou a realização de avaliações psiquiátricas regulares e proporcionou acompanhamento clínico. Esses exemplos mostram que o TPI não tem adotado uma postura rígida ou excludente, mas sim construído soluções que conciliam proteção aos direitos fundamentais do réu com a necessidade de dar prosseguimento ao julgamento.

Ainda assim, não se pode ignorar que o Tribunal atua sob intensa visibilidade internacional e, por vezes, sob a expectativa pública e midiática de que identifique e

⁸¹ CARVALHO, Hernâni Manuel Marques de. **O papel das vítimas no Tribunal Penal Internacional**. Porto, 2024. 66 f. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito e Ciência Política, Universidade Lusófona – Centro Universitário do Porto. Disponível em: <https://recil.ulusofona.pt/server/api/core/bitstreams/b7e84db9-6a9e-4e6a-b458-6272088e3112/content>. Acesso em: 5 mai. 2025, p. 55.

⁸² HOUIDI, Ahlem; PARUK, Saeeda. A narrative review of international legislation regulating fitness to stand trial and criminal responsibility: Is there a perfect system?. **International journal of law and psychiatry**, Durban, v. 74, p. 1-12, 2021. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33418152/>. Acesso em 5 mai. 2025, p. 4.

⁸³ MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 7.

⁸⁴ BROWN, P. Modernising fitness to plead. **Medicine, Science and the Law**, Londres, v. 59, n. 3, p. 131-134, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334536516_Modernising_Fitness_to_Plead. Acesso em 6 mai. 2025, p. 132.

responsabilize culpados a qualquer custo⁸⁵. Essa pressão simbólica pode, em contextos extremos, tensionar a imparcialidade desejada e comprometer a sensibilidade com que certas garantias — como a aptidão do réu — são aplicadas na prática. O risco, ainda que latente, é o de que a exigência por resultados imediatos sufoque a cautela que o devido processo legal requer.

Nesse cenário, surgem propostas voltadas a equilibrar a celeridade do processo e o senso de justiça das vítimas com os direitos do réu no TPI, como a realização de audiências especiais que permitam apurar fatos relevantes sem configurar um julgamento tradicional. Um exemplo é o mecanismo conhecido como *Trial of Facts* ou *Special Verdict*, cuja adoção foi debatida nas Câmaras Extraordinárias dos Tribunais do Camboja, no caso *Ieng Thirith*⁸⁶, e mais recentemente no caso *Kabuga*⁸⁷, perante o Mecanismo Residual para Tribunais Penais da ONU. Em ambos os contextos, discutiu-se a possibilidade de um procedimento limitado que permitisse estabelecer formalmente os atos atribuídos ao réu, mesmo diante de sua inaptidão para um julgamento pleno.

Contudo, conforme já apontado, o *Trial of Facts* tem sido alvo de críticas por sua potencial inadequação à lógica do devido processo⁸⁸, especialmente por excluir a análise do estado mental do acusado e restringir os meios de defesa. Tais limitações podem comprometer a percepção de justiça tanto para o réu quanto para a sociedade, levando autores a considerarem esse modelo insuficiente diante das exigências contemporâneas de um julgamento justo.

É nesse contexto que ganha relevância a proposta de um procedimento alternativo de apuração, criado pela *Law Comission*, concebido como uma evolução do *Trial of Facts*⁸⁹. Diferentemente deste, o novo modelo não se limitaria à constatação de atos ou omissões atribuídos ao réu, mas permitiria — sempre que viável — a consideração de seu

⁸⁵ ALI, Chiraz. International Crimes in the Digital Age: Challenges and Opportunities Shaped by Social Media. *Groningen Journal of International Law*, Groningen, v. 9, p. 43-59, 2021. Disponível em: <https://ugp.rug.nl/GROJIL/article/view/37950>. Acesso em 6 mai. 2025, p. 52.

⁸⁶ FRECKELTON, Ian; KARAGIANNAKIS, Magda. Fitness to Stand Trial under International Criminal Law. In: MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. *Fitness to plead: International and Comparative Perspectives*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 296.

⁸⁷ WHEELER, Caleb. H.. Trial in All but Name: Continuing Proceedings in Contravention of the Right to Be Present at Trial. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Cardiff, vol. 23 n. 2, p. 283-309, 2024. Disponível em: https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/170602/4/lape-article-p283_5.pdf. Acesso em 8 mai. 2025, p. 308.

⁸⁸ MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. *Fitness to plead: International and Comparative Perspectives*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 4.

⁸⁹ GALAPPATHIE, Nuwan; SHAW, Angela. Reforming fitness to plead and stand trial legislation in England and Wales. *BJPsych Advances*, Cambridge, vol. 26, n. 1, p. 8-15, 2020. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/bjpsych-advances/article/reforming-fitness-to-plead-and-stand-trial-legislation-in-england-and-wales/4772F2CA8C2BFFF1C6329CBE3C8CB7CA>. Acesso em 7 mai. 2025, p. 12.

estado mental. A conclusão, nesse procedimento, não seria de que o acusado cometeu o crime, mas sim de que a alegação foi comprovada contra ele, com base em todos os elementos relevantes, incluindo possíveis defesas completas, como legítima defesa ou coação.

Embora o acusado não seja diretamente interrogado, sua defesa poderia apresentar provas psiquiátricas e demais argumentos jurídicos por meio de peritos, ampliando suas possibilidades de absolvição e garantindo um escrutínio mais justo das acusações. Com isso, o procedimento se aproximaria de um julgamento pleno, sem renunciar à proteção devida ao réu vulnerável, e ainda permitiria que o sistema de justiça respondesse, de forma proporcional e sensível, às expectativas das vítimas e da sociedade.

Assim sendo, as recomendações da *Law Comission* são vistas como relevantes no sentido de melhorar o sistema de justiça criminal em relação a arguidos vulneráveis⁹⁰, razão pela qual, ainda no campo das inovações, propõe-se o desenvolvimento de disposições aprimoradas para os réus incapazes, que incluiriam opções mais variadas e personalizadas de tratamento pós-processual. Por exemplo, o desvio precoce para cuidados clínicos em vez da detenção, em casos de baixo risco, ou a adoção de regimes comunitários de supervisão com apoio terapêutico e sanções por descumprimento. Ainda que a proposta de inclusão de sanções penais, como a prisão, seja controversa, essas medidas visam proteger o público sem ignorar as necessidades do réu⁹¹.

Por fim, e conforme registrado no caso *Al Hassan*, o POE recomendou a condução de uma apuração independente a respeito das alegações de maus-tratos, tomando como ponto de partida a condição do acusado enquanto potencial vítima. Essa medida visava reunir elementos mais amplos e detalhados sobre o contexto de sua detenção, de modo a subsidiar a análise de sua capacidade de participar do processo penal. Essa abordagem reforça a necessidade de considerar as vulnerabilidades do acusado no processo penal internacional, promovendo uma resposta mais sensível aos direitos humanos.

Observa-se, dessa forma, que o TPI já vem incorporando, de forma crescente, diretrizes que colocam a participação significativa do réu no centro do processo penal internacional. Ainda assim, o Tribunal pode — e deve — continuar aprimorando seus mecanismos, considerando experiências comparadas e propostas reformistas que visam

⁹⁰ BROWN, P. Modernising fitness to plead. *Medicine, Science and the Law*, Londres, v. 59, n. 3, p. 131-134, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334536516_Modernising_Fitness_to_Plead. Acesso em 6 mai. 2025, p. 133.

⁹¹ GALAPPATHIE, Nuwan; SHAW, Angela. Reforming fitness to plead and stand trial legislation in England and Wales. *BJPsych Advances*, Cambridge, vol. 26, n. 1, p. 8-15, 2020. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/bjpsych-advances/article/reforming-fitness-to-plead-and-stand-trial-legislation-in-england-and-wales/4772F2CA8C2BFFF1C6329CBE3C8CB7CA>. Acesso em 7 mai. 2025, p. 13.

fortalecer o equilíbrio entre humanidade e justiça. O desafio reside em adaptar tais inovações ao contexto internacional, preservando o compromisso com os direitos humanos e a integridade do processo penal, mesmo quando sob pressão, sem abdicar da efetiva responsabilização por crimes que ferem a consciência da humanidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de um réu apto é condição indispensável para que haja um julgamento verdadeiramente justo. Sem que o acusado tenha capacidade efetiva de compreender o processo, de participar dele de forma significativa e de exercer sua defesa, não se pode falar em justiça — nem para ele, nem para as vítimas. Assim, a ausência de aptidão compromete o contraditório e a ampla defesa, enfraquece a legitimidade da decisão judicial e priva as vítimas da possibilidade de verem seus direitos reconhecidos de forma plena. Ou seja, um julgamento realizado nessas condições corre o risco de ser desconectado da finalidade do direito penal internacional, que é justamente promover a responsabilização com base em garantias processuais sólidas.

A análise da atuação do Tribunal Penal Internacional evidenciou que, apesar de avanços importantes, ainda há lacunas quanto aos critérios utilizados para avaliar a aptidão do réu. Embora o Estatuto de Roma e as regras de procedimento prevejam a suspensão do julgamento em caso de inaptidão, falta uma definição normativa clara sobre qual o período necessário para isso e o que o Câmaras efetivamente considera participação significativa, visto que não precisam se basear em avaliações médicas.

Ainda, na prática, as decisões do TPI demonstram certa resistência em declarar a inaptidão dos acusados, mesmo diante de quadros clínicos graves. Os casos Gbagbo, Ongwen e Al Hassan revelam que, frequentemente, o Tribunal opta por manter os processos em andamento, ainda que isso exija adaptações ou acomodações específicas, como intervalos nas sessões, tratamentos médicos ou avaliações periódicas.

Esse padrão de atuação levanta questões críticas: até que ponto essa postura garante um processo justo? Em que momento a insistência em julgar um réu com capacidades reduzidas deixa de ser um exercício de justiça e passa a ser uma formalidade vazia? E mais: ao relativizar o sofrimento psíquico ou a cultura dos acusados, o TPI corre o risco de aplicar uma visão ocidentalizada de saúde mental que não contempla a complexidade dos contextos

em que esses indivíduos estão inseridos. Essas são reflexões que indicam a necessidade de maior cautela e profundidade na análise da aptidão, para que o julgamento internacional não reproduza desigualdades sob a aparência de legalidade.

Portanto, embora seja inegável que o Tribunal Penal Internacional tenha apresentado avanços na abordagem da aptidão do réu para ser julgado — sobretudo ao incorporar práticas como avaliações multidisciplinares e medidas compensatórias —, persiste um cenário de fragilidade normativa e jurisprudencial. A ausência de critérios objetivos, a relativização de diagnósticos clínicos e a resistência em considerar fatores culturais e contextuais evidenciam uma aplicação ainda limitada das garantias processuais. Em muitos casos, a manutenção dos julgamentos mesmo diante de sérios indícios de inaptidão revela uma postura que prioriza a continuidade do processo em detrimento da efetiva proteção dos direitos do acusado. Por isso, ainda que o equilíbrio entre a busca por justiça e a preservação dos direitos fundamentais seja um desafio notório, as experiências e propostas analisadas ao longo do trabalho demonstram que esse equilíbrio, embora complexo, está longe de ser inatingível.

6. BIBLIOGRAFIA

ALI, Chiraz. International Crimes in the Digital Age: Challenges and Opportunities Shaped by Social Media. **Groningen Journal of International Law**, Groningen, v. 9, p. 43-59, 2021. Disponível em: <https://ugp.rug.nl/GROJIL/article/view/37950>. Acesso em 6 mai. 2025.

BONNIE, Richard J. The competence of criminal defendants: a theoretical reformulation. **Behavioral Sciences & the Law**, v. 10, n. 3, p. 291-316, 1992. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/bsl.2370100303>. Acesso em: 19 abr. 2025.

BROWN, P. Modernising fitness to plead. **Medicine, Science and the Law**, Londres, v. 59, n. 3, p. 131-134, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334536516_Modernising_Fitness_to_Plead. Acesso em 6 mai. 2025.

CADOPPI, Alberto; CELVA, Mattia. Competency to Stand Trial in Italy. In: MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 270.

CARVALHO, Hernâni Manuel Marques de. **O papel das vítimas no Tribunal Penal Internacional**. Porto, 2024. 66 f. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito e Ciência Política, Universidade Lusófona – Centro Universitário do Porto. Disponível em: <https://recil.ulusofona.pt/server/api/core/bitstreams/b7e84db9-6a9e-4e6a-b458-6272088e3112/content>. Acesso em: 5 mai. 2025.

CHIFFLET, Pascale; FRECKELTON, Ian. The mental incapacity defence in international criminal law: Ramifications from the Ongwen trial judgment. **International Criminal Law Review**, Leiden, vol. 22, n. 5, p. 751-779, 2022. Disponível em file:///C:/Users/Usuario/Downloads/The_Mental_Incapacity_Defence_in_International_Cri.pdf. Acesso em 19 abr. 2025.

CIMA, M.; MERCKELBACH, H.; NIJMAN, H.; KNAUER, E.; HOLLNACK, S. I can't remember Your Honor: Offenders who claim amnesia. **German Journal of Psychiatry**, Göttingen, vol. 5, n. 1, p. 24-34, 2002. Disponível em: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/790570/guid-92328b1a-cf6d-4c59-b37e-4c22528984e8-ASSET1.0.pdf>. Acesso em 8 mai. 2025.

DRUMBL, Mark A. Victims who victimise. **London Review of International Law**, Londres, v. 4, n. 2, p. 217–246, 2016. Disponível em: <https://academic.oup.com/lril/article-abstract/4/2/217/2222520>. Acesso em: 23 abr. 2025.

DITTRIC, Viviane E.. The International Criminal Court: Between Continuity and Renewal. In: HEINZE, Alexander; DITTRICH, Viviane E. (Org.). **The Past, Present and Future of the International Criminal Court**. 1. ed. Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2021.

FERGUSON, Gerry. Unfit to Stand Trial: Canadian Law. In: MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

FRECKELTON, Ian; KARAGIANNAKIS, Magda. Fitness to Stand Trial under International Criminal Law. In: MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

FRECKELTON, Ian; KARAGIANNAKIS, Magda. Fitness to Stand Trial under International Criminal Law: Challenges for Law and Policy. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, vol. 12, n. 4, p. 705-729, 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/12/4/705/813498?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em 13 abr. 2025.

GALAPPATHIE, Nuwan; SHAW, Angela. Reforming fitness to plead and stand trial legislation in England and Wales. **BJPsych Advances**, Cambridge, vol. 26, n. 1, p. 8-15, 2020. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/bjpsych-advances/article/reforming-fitness-to-plead-and-stand-trial-legislation-in-england-and-wales/4772F2CA8C2BFFF1C6329CBE3C8CB7CA>. Acesso em 7 mai. 2025.

HIROMOTO, Lee; SPARR, Landy F. Ongwen and Mental Health Defenses at the International Criminal Court. **Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, [S.l.], v. 51, n. 1, p. 61–71, 2023. Disponível em: <https://jaapl.org/content/jaapl/51/1/61.full.pdf>. Acesso em 19 abr. 2025.

HOUIDI, Ahlem; PARUK, Saeeda. A narrative review of international legislation regulating fitness to stand trial and criminal responsibility: Is there a perfect system?. **International journal of law and psychiatry**, Durban, v. 74, p. 1-12, 2021. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33418152/>. Acesso em 5 mai. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Cases**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/cases>. Acesso em: 18 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-Trial Chamber. Caso nº 01/12-01/18. (The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud - *Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*). 2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1808354d8.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. (The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud - *Decision appointing experts for the purpose of a medical examination pursuant to Rule 135 of the Rules of Procedure and Evidence*). Caso nº 01/12-01/18. 2021 (Data original: 21 ago. 2020). Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_02522.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. (The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud - Public redacted version of “Annex to Registry Transmission of the Report of the Experts”). Caso nº 01/12-01/18, 2021. (Data original: 8 dez. 2020). Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2021_02491.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. (The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud - *Decision on Mr Al Hassan’s ongoing fitness*

to stand trial). Caso nº 01/12-01/18. 2021. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_04431.PDF. Acesso em: 24 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre-Trial Chamber I. Caso nº ICC-02/11-01/11-286-Red (The Prosecutor V. Laurent Gbagbo - *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to take part in the proceedings before this Court*). Julgamento: 2 nov. 2012. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_05036.PDF. Acesso em: 18 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber I. Caso nº ICC-02/11-01/15 (The Prosecutor V. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé - *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to stand trial*). Julgamento: 27 nov. 2015. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_22858.PDF. Acesso em: 19 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 01/14-01/21. (The Prosecutor v. Mahamat Said Abdel Kani - *Second Order Pursuant to Rule 135 of the Rules of Procedure and Evidence*). 2024. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180851d12.pdf>. Acesso em 24 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15 (The Prosecutor v Ongwen – *Ongwen Trial Judgement*). Julgamento: 4 fev. 2021. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01026.PDF. Acesso em 19 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15 (The Prosecutor v Ongwen - *Decision on the Defence Request to Order a Medical Examination of Dominic Ongwen*). Julgamento: 16 dez. 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_25907.PDF. Acesso em 19 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15. (The Prosecutor v. Dominic Ongwen - *Decision on Defence Request to Order an Adjournment and a Medical Examination*). Julgamento: jan. 2019. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_00129.PDF. Acesso em: 19 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15. (The Prosecutor v. Dominic Ongwen - *Decision on Further Defence Request for a Medical Examination*). Julgamento: set. 2019. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_05847.PDF. Acesso em: 19 abr. 2025.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber. Caso nº 02/04-01/15. (The Prosecutor v Ongwen - *Public Redacted Version of “Prosecution Closing Brief*). 2020.

Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2020_00646.PDF. Acesso em 23 abr. 2025.

LYONS, Beth S. If Black Were White: The Impact of Racial and Cultural Biases on the Ongwen Trial Judgment. [S.l.]: SSRN, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4576934>. Acesso em: 19 abr. 2025.

MACKAY, Ronnie; Brookbanks, Warren. **Fitness to plead: International and Comparative Perspectives**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press.

NETO, José Ignacio Coelho Mendes. **Modelo de Cooperação entre Estados Interagentes: O Tribunal Penal Internacional como Emergência de um Primeiro Regime de Direito Internacional Penal**. São Paulo, 2005. 154f. Tese (Mestrado). Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-07112005-113837/publico/DissertacaoVersaoFinalREV.pdf>. Acesso em 15 mai. 2025

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú – Reparaciones y Costas – Sentencia de 27 de nov. 1998. Julgamento: 27 nov. 1998. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. Acesso em 16 abr. 2025.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. DECRETO Nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o **Estatuto de Roma** do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 25 set. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 29 out. 2024.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Rules of Procedure and Evidence (RPE)**. The Hague: International Criminal Court, 2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>. Acesso em: 29 out. 2024.

UNITED NATIONS. **Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law**. New York: United Nations, 2006. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>. Acesso em: 15 maio 2025.

UNITED NATIONS. **International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991**. Appeals Chamber. Caso nº IT-01-42-A (Prosecutor v.

Pavle Strugar). Julgamento: 17 de julho de 2008. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/en/080717.pdf>. Acesso em 13 abr. 2025.

UNITED NATIONS. **International Residual Mechanism for Criminal Tribunals**. Appeals Chamber., Processo nº MICT-13-38-AR80 (Prosecutor V. Félicien Kabuga - Decision on Appeals of Further Decision on Félicien Kabuga's Fitness To Stand Trial). Julgamento: 7 ago. 2023. Disponível em: https://www.irmct.org/sites/default/files/case_documents/DECISION-ON-APPEALS-OF-FURTHER%20DECISION-ON-FE%CC%81LICIEN-KABUGA%E2%80%99S-FITNESS-TO-STAND-TRIAL.pdf. Acesso em: 14 abr. 2025.

UNITED NATIONS. **International Residual Mechanism for Criminal Tribunals**. Trial Chamber., Processo nº MICT-13-38-T (Prosecutor v. Felicien Kabuga - Decision Imposing an Indefinite Stay of Proceedings). Julgamento: 8 set. 2023. Disponível em: <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Decision/NotIndexable/MICT-13-38/MRA26883R0000661986.pdf>. Acesso em 13 abr. 2025.

VEGA GONZÁLEZ, P.. O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do tribunal. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 3, n. 5, p. 18-41, dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/dh4bTfwpgTNtBxm3QyDHCYt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 16 abr. 2025.

VICTORIAN LAW REFORM COMISSION. **Review of the Crimes (Mental Impairment and Unfitness to be Tried) Act 1997: report**. Melbourne, VIC: Victorian Law Reform Commission, 2014. Disponível em: https://www.lawreform.vic.gov.au/wp-content/uploads/2021/07/Review_of_the_Crimes_Mental_Impairment_and_Unfitness_to_be_Tried_Act_0.pdf. Acesso em 8 mai. 2025.

WHEELER, Caleb. H.. Trial in All but Name: Continuing Proceedings in Contravention of the Right to Be Present at Trial. **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, Cardiff, vol. 23 n. 2, p. 283-309, 2024. Disponível em: https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/170602/4/lape-article-p283_5.pdf. Acesso em 8 mai. 2025.

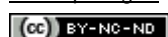
All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

O *THIRD-PARTY FUNDING* COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA. UMA ANÁLISE PROCESSUAL E ECONÔMICA.

THIRD-PARTY FUNDING AS AN INSTRUMENT TO ENABLE ACCESS TO A FAIR LEGAL ORDER. A PROCEDURAL AND ECONOMIC ANALYSIS.

Luciano Benetti Timm¹

Osmar Marcello Junior²

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7816-4053>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7047-8286>

Submissão: 16/05/2025

Aprovação: 05/07/2025

RESUMO:

O presente artigo, partindo da ideia de que o aperfeiçoamento das instituições guarda correlação com o desenvolvimento econômico e social, tem por escopo demonstrar que o financiamento de litígios por terceiros – instituto conhecido como *Third-Party Funding* - pode se constituir como importante instrumento de viabilização de acesso à ordem jurídica justa, tanto na órbita extrajudicial, quanto judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. *Third Party Funding*. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT:

This article, based on the idea that the improvement of institutions is correlated with economic and social development, aims to demonstrate that the financing of litigation by third

¹ Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa em Brasília/DF e do CEDES – Centro de Estudos de Direito Econômico e Social. Mestre e Doutor em Direito. Advogado - **Ark:/80372/2596/v16/011**

² Graduado em Direito (2003). Especialista em Direito Processual Civil (2018). Mestre em Direito pelo CEDES (2023). Doutorando em Direito Empresarial pela Uninove (2024). Juiz Estadual do Tribunal de Justiça de São Paulo (2005). Professor Universitário no Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino – Unifae. E-mail: osmarcello@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v16/011**

parties - an institute known as Third-Party Funding - can be an important instrument for enabling access to a fair legal order, both in the extrajudicial and judicial spheres.

KEYWORDS: Access to Justice. Third Party Funding. Economic Analysis of Law.

1. INTRODUÇÃO

Ainda que não exista total consenso acerca do efetivo papel desempenhado pelas instituições no desenvolvimento econômico, é possível afirmar que o aperfeiçoamento das primeiras contribui para o desenvolvimento econômico e social de determinada comunidade³.

Nesta linha de ideias é correto afirmar que o constante aprimoramento do sistema de Justiça certamente constitui uma das variáveis à construção de um ambiente favorável ao desenvolvimento econômico e social.

Ocorre que, conforme veremos, o atual desenho institucional do sistema de Justiça do Brasil não favorece integralmente a defesa dos interesses das empresas que aqui atuam.

E tal constatação ganha relevo - considerando-se o modelo do Estado Democrático de Direito⁴ - porque que a ausência de barreiras de acesso ao sistema de Justiça constitui ideia intrínseca ao conceito de acesso à ordem jurídica justa⁵.

³ A discussão não constitui objeto do presente artigo, mas vale registrar a observação de Przeworski, no sentido de que para Douglas North e para os neoinstitucionalistas as instituições seriam as causas “primordiais” do desenvolvimento econômico, afirmação com a qual não concorda referido autor, para quem “... instituições e desenvolvimento são mutuamente endógenos e o máximo que se pode pretender é identificar seus impactos recíprocos”. (_____, Adam. “A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico?”. Novos estudos CEBRAP, p. 59, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/rnB9BX68PvCvCFnQQ64sVpF/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 6 ago. 2024.)

⁴ Já ponderamos, outrora, que a acepção de acesso à Justiça varia de acordo com o modelo de Estado sob análise. Assim, é que o Estado Liberal se satisfazia com a ideia de garantia de acesso à Justiça a uma burguesia ascendente, inexistindo qualquer preocupação com a ausência de acesso dos menos favorecidos; já o Estado Social se caracterizou como reconhecedor de inúmeros direitos de primeira e de segunda geração, no intuito de diminuição de flagrantes desigualdades sociais existentes, bem como, de garantir-se aos cidadãos algo mais do que o reconhecimento de uma igualdade meramente formal; o Estado Democrático de Direito, por sua vez, se caracteriza pela efetiva participação dos cidadãos na vontade soberana, se afigurando imperativa, daí, a garantia de acesso *universal* à Justiça a todo e qualquer sujeito de Direito (MARCELLO JR., Osmar. *Análise Econômica da Gratuidade Processual e de seus Impactos na Estrutura de Incentivos à Litigância*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2024, p.11-12).

⁵ Watanabe, percucientemente, atentou para a necessidade de atualização do significado de *acesso à Justiça*, cujo significado, contemporaneamente, não se reduz ao acesso a órgãos judiciários. Sob seu prisma, aliás, o *acesso à ordem jurídica justa* encerraria acepção particularmente abrangente, porque sequer se resumiria ao acesso ao sistema de soluções de controvérsias, porque abrangeria também o atendimento ao cidadão à garantia de solução

Bem por isto é que se verificaram ao longo do tempo constantes esforços à eliminação de barreiras de acesso à Justiça por Estados Democráticos.

Tais esforços foram captados pelo denominado *Projeto Florença*, estudo de autoria de Mauro Capelletti e Bryant Garth desenvolvido desde a década de 1970 que os identificou e os organizou em classes, por eles denominadas de *ondas renovatórias*.

Em poucas linhas, a resposta dada pela *primeira onda renovatória* partiu da constatação da existência de barreiras financeiras de acesso à Justiça, já que hipossuficiente financeiramente eram (e ainda são) tolhidos da possibilidade de provocação do órgão jurisdicional à tutela de seus interesses.

Outros mecanismos foram concebidos à garantia de acesso ao sistema de Justiça, como aqueles aglutinados na *segunda onda* e relacionados à tutela dos direitos difusos⁶ e outros, objeto da *terceira onda*, relacionados à ideia de *eficiência* na solução de controvérsias e derivados da constatação de que nem sempre o Judiciário se constitui como melhor alternativa à pacificação social⁷.

Fato é, contudo, que o sistema de Justiça ainda reclama ajustes, dada a evidente constatação de que não alcançamos o estágio objeto da promessa constitucional de garantia de acesso *universal* àquele.

Ainda persistem, como dito, obstáculos ao acesso ao sistema de Justiça. Dentre eles, e interessante ao presente estudo, destacamos a *barreira financeira a empresas*, que em virtude de algumas variáveis a serem expostas acabam por afastar tais agentes econômicos de um nível ótimo de acesso ao sistema pátrio de solução de controvérsias.

É nesta ordem de ideias que, ao longo de nossa exposição pretendemos demonstrar que o *Third-Party Funding* pode favorecer a eliminação da primeira barreira de acesso ao sistema de Justiça e, por conseguinte, auxiliar no estabelecimento de condições

de todo e qualquer problema jurídico que possa se apresentar como obstáculo ao exercício da cidadania. Nesta linha, o *acesso à ordem jurídica justa* significaria, ainda, a correta utilização de Meios Adequados de Solução de Conflitos para a efetiva satisfação de legítimo interesse lesado ou ameaçado de lesão (_____, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à Justiça, Processos Coletivos e Outros Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 109-113).

⁶ Diante da constatação da existência de direitos e de interesses transcendentais à esfera do indivíduo, bem como, de que muitos deles permaneciam a descoberto, desenvolveram-se mecanismos a sua proteção, como a promulgação de diplomas legais que conferiam legitimidade a determinados atores à tutela de interesses transindividuais. Entre nós, constitui ilustrado exemplo, a promulgação da Lei nº 7.347/85 – a Lei da Ação Civil Pública – que trouxe em elenco, em seu art. 5º, legitimados à propositura de ações à tutela de direitos transindividuais.

⁷ Aqui entram em cena os MASCs, ou Meios Adequados de Solução de Controvérsia, classe no qual insere os mais variados mecanismos utilizados à solução de lides. Em sentido lato, compreendem desde as técnicas empregadas à pacificação do litígio, como a negociação, a mediação e a conciliação, até estruturas criadas para tal objetivo, podendo ser mencionados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejuscs e a plataforma Consumidor.gov.).

mais propícias à atuação das empresas no cenário nacional, agentes que ostentam papel preponderante na geração de riquezas no país.

2. A HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA COMO BARREIRA DE ACESSO DA EMPRESA À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Conforme expusemos em nossas considerações introdutórias, são inegáveis os esforços havidos à eliminação das barreiras de acesso ao sistema de Justiça.

Com foco em sua eliminação, o constituinte apresentou solução multifacetada. Vedou, por meio da proclamação da garantia fundamental insculpida em seu art.5º, inciso XXXV, qualquer agir estatal tendente a restringir o acesso ao Judiciário e⁸, ainda, se autoimpôs a obrigação de “*assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*” (art.5º, LXXIV, CF/88), a tutelar o carente de recursos financeiros de maneira amplíssima o que importa em dizer que referido dever prestacional não encontra limites na seara judicial, devendo o Estado atuar também no âmbito extrajudicial e, ainda, não só à solução de lides estabelecidas, já que a (mera) orientação jurídica faz parte dos mencionados deveres autoimpostos.

Não se duvida, pois, que o intuito do constituinte foi garantir ampla possibilidade de pleno exercício de seus direitos, e de viabilização de defesa destes mesmos direitos.

⁸ É bem verdade que tal dispositivo não trata propriamente da aludida *barreira financeira de acesso ao Judiciário* pois, a rigor, e diversamente da elástica interpretação por muitos dedicadas à referida norma, o que fez o constituinte foi lançar no texto constitucional comando impeditivo direcionado ao legislador, que se vê impedido de inserir no ordenamento jurídico pátrio normas limitadoras de acesso. É o que muito pertinentemente observa Mancuso, ao ponderar que: “O inc. XXXV do art.5º da CF/1988, dispondo que a lei não pode subtrair à apreciação judicial históricos de lesão sofrida ou temida, tem merecido ao longo do tempo, uma leitura que acabou por descolar aquele dispositivo da realidade judiciária contemporânea, tomando ares tão ufanistas como irrealistas. Com isso, daquele singelo enunciado se têm extraído premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas, contando-se, dentre essas ilações exacerbadas: a garantia de acesso à Justiça, a universalidade da jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em... dever de ação!

Numa abordagem ponderada e aderente à realidade judiciária nacional, cabe, desde logo, reconhecer que aquele enunciado é precipuamente endereçado ao legislador, antes que ao jurisdicionado, pela boa razão de que este último não tem controle sobre a criação de norma legal futura que pudesse porventura excluir da apreciação judicial algum histórico de direito lesado ou ameaçado. No que toca ao âmbito processual, o dispositivo em questão tem em mira a lei ordinária federal (dada a competência da União nessa matéria – CF/88, art.22, I), ficando o legislador avisado para não produzir texto legal que implique em excluir da apreciação (sic) judicial lesões ou ameaças a direitos”. (_____, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. Bahia: Editora JusPodivm, 2018, p.235-236). De todo modo, a alusão a tal direito fundamental é oportuna, na medida em que chama a atenção à intenção do constituinte de repúdio ao estabelecimento de obstáculos de qualquer ordem de acesso ao Poder Judiciário.

O sistema jurídico pátrio, contudo, não foi estruturado à garantia de defesa dos interesses e direitos das empresas que se encontram em dificuldades.

O direito fundamental declarado no mencionado art.5º, LXXIV, CF/88 conferiu legitimação à criação das Defensorias Públicas, órgão constitucionalmente vocacionado:

*[...] fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.*⁹



Em outras palavras, cuida o Estado de garantir a assistência integral e gratuita exclusivamente à pessoa humana que comprovar a insuficiência de recursos.

E que não se tome tal constatação como crítica a aludido desenho institucional deste importante órgão estatal, até porque, a bem da verdade a concepção de um órgão estatal à defesa de interesses (preponderantemente) privados de empresas exploradoras da atividade econômica talvez encontrasse óbice na norma do art. 170 da Constituição Federal, por potencial ofensa a valores positivados, como o da livre iniciativa.

De um modo ou de outro, a observação nos permite a conclusão no sentido de que empresas que se encontram em dificuldades financeiras em certas ocasiões se veem frente a grandes obstáculos à defesa de seus interesses no âmbito do Direito.

E nem se diga que o instituto da *gratuidade processual*, atualmente regulado pelas normas dos arts. 98 a 102 do Código de Processo Civil seria suficiente à eliminação das aludidas barreiras financeiras à atuação de referidos entes morais.

Não se nega ter constituído avanço o expresso reconhecimento do direito de a pessoa jurídica obter o benefício. De fato, o art. 98, *caput*, de referido diploma legal passou a prever expressamente que, tanto pessoas físicas, quanto jurídicas, nacionais e estrangeiras, poderiam ser destinatários da benesse.

⁹ É o que proclama a norma do art. 134, *caput*, da Constituição Federal. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Constitui%C3%A7%C3%A3o+federal+senado+pdf&dq=Constitui%C3%A7%C3%A3o+federal+senado+pdf&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCDY2MjJqMG03qAIAAsAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 6 ago. 2024).

No entanto, diferentemente da pessoa física, para quem se viabiliza o pronto deferimento da *gratuidade processual*, bastando a apresentação de declaração de hipossuficiência financeira (que goza de presunção *iuris tantum*) de veracidade (art. 99, §3º, CPC) e a inexistência de indícios de realidade distinta (art. 99, §2º)¹⁰, o benefício somente é reservado à pessoa jurídica que efetivamente comprovar a alegada insuficiência de recursos. É o que se extrai da interpretação *contrario sensu* da norma do art. 99, §3º, do CPC. Ademais, antes mesmo de sua vigência o Superior Tribunal de Justiça havia fixado o entendimento objeto da Súmula nº 481 no sentido de que “*faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*”. E referido posicionamento foi reiterado pela edição do Enunciado n. 7 da 148.^a edição do repositório *Jurisprudência em Teses* do STJ que apresenta idêntica redação¹¹. Já o Enunciado n. 8 da 148.^a edição do repositório *Jurisprudência em Teses* da Corte Superior, estabelece que até mesmo “*o direito à gratuidade da justiça da pessoa jurídica em regime de liquidação extrajudicial ou de falência depende da demonstração de sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*”¹², em flagrante demonstração do posicionamento acima mencionado¹³.

O ponto que se coloca é que, de fato, se apresenta consideravelmente dificultosa a demonstração, por parte das empresas, da impossibilidade financeira de se fazer frente às custas e despesas do processo.

Vale mencionar, ainda, que o direito positivo não fixou critérios objetivos mínimos para fins de caracterização da hipossuficiência financeira, e a jurisprudência também não cuidou de fazê-lo, realidade que acaba de conferir considerável grau de subjetividade ao julgamento da questão. Subjetividade redundando em insegurança jurídica, traduzindo-se esta, em potencial causa suficiente a debelar a formulação de pretensões perante o Judiciário.

¹⁰ Vale a nota de que o instituto da gratuidade processual dedicado às pessoas físicas, tal como atualmente estruturado, em nosso sentir merece ser revisto. Para além da exposição de elementos anedóticos sugestivos do abuso na formulação de referidos pedidos, por meio de estudo empírico, constatamos que 8,51% dos litigantes que pugnaram pela gratuidade de justiça, quando instados à comprovação de sua incapacidade financeira, prontamente recolheram as custas iniciais (MARCELLO JR., Osmar. *Análise Econômica da Gratuidade Processual e de seus Impactos na Estrutura de Incentivos à Litigância*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2024, p. 139). Tal constatação autoriza a objetiva conclusão de que há abusividade na formulação de referidos pleitos. Bem por isto, não estamos aqui, em absoluto, a defender qualquer afrouxamento na rigidez de análise de pedidos de concessão de gratuidade processual a pessoas jurídicas. A análise da dinâmica em que se opera a análise de pleitos de concessão de gratuidade processual a pessoas jurídicas é utilizada no presente estudo ao realce das vantagens do emprego do *Third Party Funding* no financiamento de litígios.

¹¹ MARCELLO JR., Osmar. *Op. cit.*, p. 34.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência do STJ. Jurisprudência em Teses*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 06 ago. 2024.

¹³ MARCELLO JR., Osmar. *Op. cit.*, p. 34.

Não bastasse, o dia a dia experienciado na lida forense aponta para a subutilização dos mecanismos de modulação previstos no art. 98, §§5º e 6º, do Código de Processo Civil, realidade também constatável a partir da análise de dados empíricos¹⁴. O que se verifica, a bem da verdade, é que os pronunciamentos jurisdicionais acerca do tema ordinariamente oscilam apenas entre o integral deferimento e o total indeferimento do benefício¹⁵. Tal praxe constitui agravante ao quadro apresentado, por desconsiderar mecanismos que, se corretamente manejados, poderiam viabilizar o acesso do litigante ao Judiciário.

Na seara extrajudicial também se identificam situações em que a *barreira financeira* de acesso opera seus indesejados efeitos.

É o que se verifica no âmbito da arbitragem (campo em que, não gratuitamente, o *Third-Party Funding* apresenta maior desenvolvimento), meio de heterocomposição de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/96) que, se comparado com o serviço jurisdicional prestado pelo Poder Judiciário ostenta inúmeras vantagens como a prevalência da autonomia de vontade das partes; a possibilidade de livre escolha dos árbitros e da legislação aplicável; a viabilidade da execução do título nos países signatários da *Convenção de Nova York para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*¹⁶; a celeridade do julgamento, valor positivado no art. 23 do diploma legal já referenciado, que impõe o julgamento da lide em 6 meses; a especialidade dos julgadores (essencial, aliás, a depender da disputa em pauta) e a confidencialidade, que pode ser convencionada pelas partes¹⁷¹⁸.

¹⁴ Em pesquisa empírica que realizamos, dentre os questionamentos que formulamos se encontrava o seguinte. “(...) os juízes de primeiro grau vêm se valendo da possibilidade de modulação (parcelamento, isenção parcial ou diferimento) do pagamento das custas processuais?”. Analisando 500 (quinhentos) processos que tramitaram perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, não constatamos um caso sequer de modulação dos efeitos da gratuidade. Os detalhes da pesquisa e maiores considerações acerca de tal achado constam do livro já mencionado no presente artigo.

¹⁵ MARCELLO JR., Osmar. *Op. cit.*, p. 132-133.

¹⁶ O Brasil aderiu ao tratado por meio da promulgação do Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002.

¹⁷ CARAMURU, Marina Silva. “Aplicabilidade do *Third Party Funding* no Direito Brasileiro”. Revista Eletrônica do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA, v.2, n.1, 2023, p. 38. Disponível em: <https://cbma.com.br/comite-de-jovens-arbitralistas-cja/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁸ No Brasil, o Comitê Brasileiro de Arbitragem realizou pesquisa de campo em 2021, com apoio metodológico do Instituto de Pesquisa Ipsos, oportunidade em que foram coletadas respostas sobre quais seriam as principais vantagens da Arbitragem, sendo que os entrevistados, em sua maioria, dentre outras, apontou: a celeridade, a qualidade das decisões, a possibilidade indicação ou de participação na escolha do árbitro, e a independência e a imparcialidade dos últimos. (NANI, Ana Paula Ribeiro; TIMM, Luciano Benetti. “Arbitragem Vc. Judiciário: Uma Análise Econômica e Econômica-Comportamental. Economic”. *Analysis of Law Review*, v. 13, n. 3, 2022, p. 17. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/13474>. Acesso em: 8 fev. 2025.)

Os custos nominais (e internalizados) do litígio no âmbito arbitral, seja no cenário internacional, seja no doméstico, contudo, não são apontados como um de referidos benefícios.

Dos Santos pondera que nas últimas duas décadas a arbitragem experimentou perceptível crescimento, tendo se tornado o mecanismo privado de adjudicação preferido à solução de disputas internacionais, conforme comprovou uma pesquisa colaborativa liderada em 2015 pela *Queen Mary University of London* e *White & Case LLP* que apontou para o índice de 90% de aprovação¹⁹. Lembra a autora, contudo, que referida pesquisa identificou que 70% dos entrevistados indicaram inequivocamente os custos como sua pior característica²⁰, e ao final conclui que o financiamento do litígio por terceiro tem se tornado uma importante alternativa à viabilização do acesso à arbitragem devido aos altos custos desta²¹.

Já Casado Filho estimou que uma arbitragem junto a uma câmara arbitral brasileira (o CAM/CCBC), com três árbitros e pelo período de dois anos, que envolvesse aproximadamente um milhão de reais custaria cerca de R\$190.000,00 apenas para o recolhimento das custas e pagamento dos honorários dos árbitros²². Ponderou, ainda, que um procedimento arbitral no Brasil desenvolvido perante instituições de maior renome facilmente chegavam a valores mínimos de R\$400.000,00²³.

A bem da verdade, temos por absolutamente questionável o argumento de que a utilização da arbitragem à solução de lides se apresentaria mais custosa do que a



¹⁹ _____, Caroline. “Third-party funding in international commercial arbitration: a wolf in sheep’s clothing?” *ASA Bull.*, v. 35, p. 918-936, 2017, p. 919. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Third-party+funding+in+international+commercial+arbitration%3A+a+wolf+in+sheep%E2%80%99s+clothing%3F&btnG=. Acesso em: 20 ago. 2024.

²⁰ *Ibidem*, p. 919.

²¹ *Ibidem*, p. 935.

²² _____, Napoleão. “Arbitragem Comercial Internacional e o Acesso à Justiça. O novo paradigma do *Third Party Funding*”. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2014, p. 99. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6676/1/Napoleao%20Casado%20Filho.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2024.

²³ *Ibidem*, p. 99.

judicialização da controvérsia, porque *custos nominais*²⁴ se apresentam como apenas uma das variáveis integrantes de uma inequação realmente identificadora dos *custos reais do litígio*²⁵.

Nesta linha, o fator de depreciação do dinheiro ao longo do tempo, a chance de sucesso da demanda, o risco de obtenção de um veredito equivocado (que pode ser sensivelmente reduzido na arbitragem, dada a possibilidade de eleição de árbitros especialistas) são exemplos de variáveis que devem integrar mencionado cálculo. O chamado *custo de oportunidade*, decalcado na provisória (e indefinida, temporalmente) impossibilidade de exploração de ativos objeto da lide prejudicam a dinâmica alocação da propriedade e, por isto, também deve ser levado em conta.

Em resumo, a rigor a adequada quantificação dos *custos do litígio* deve ter por norte sua *eficiência*. E, a depender do cenário apresentado, a arbitragem pode apresentar (e não raro apresenta) um *resultado mais eficiente* do que aquele entregue pelo Poder Judiciário.

De qualquer modo, controvérsias à parte, referida percepção de que existem elevados custos no procedimento arbitral aliada a outros fatores como a suposta violação de deveres de informação quanto aos primeiros levou a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo à invalidação de cláusula compromissória firmada no bojo de contrato de franquia sob o fundamento de que o arranjo negocial, tal como estabelecido, violava o direito do recorrente de acesso ao sistema de Justiça²⁶. Fato é que a

²⁴ É possível, em dadas situações, que até mesmo a comparação entre *custos nominais* da arbitragem e do litígio judicializado revele o primeiro meio de solução de controvérsias como mais vantajoso. É o que se verifica, por exemplo, pela utilização da *arbitragem expedita*, ou de árbitro único. Sobre o tema, vide: AREND, Andreia Propp; TIMM, Luciano Benetti. “A análise econômico-jurídica da arbitragem expedita”. Revista Brasileira de Arbitragem, CBAr, v. 65, 2020. Disponível em: <https://www.rba.cbar.org.br/index.php/rba/article/view/112>. Acesso em: 8 fev. 2025.

²⁵ Baseados, notadamente, no ferramental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) e pela Economia Comportamental (*Behavioral Law and Economics*), posicionamo-nos no sentido de que a arbitragem pode se revelar como alternativa mais atrativa para empresas brasileiras que almejam alcançar decisões mais rápidas, qualificadas e eficientes para seus conflitos. Para a análise mais minudente os argumentos, consultar: NANI, Ana Paula Ribeiro; TIMM, Luciano Benetti. “Arbitragem Vc. Judiciário: Uma Análise Econômica e Econômica-Comportamental. Economic”. Analysis of Law Review, v. 13, n. 3, 2022. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/13474>. Acesso em: 8 fev. 2025.

²⁶ A ementa do acórdão auxilia na compreensão da controvérsia: Ementa: “Apelação. Franquia. Arbitragem. Extinção do processo, em razão cláusula compromissória. Análise da cláusula compromissória em face do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, e dos arts. 122, 187 e 422 do Código Civil. Princípio da eticidade. Violação dos deveres de informação, transparência e esclarecimento. Situação fática-jurídica imposta aos franqueados que impede o acesso ao Sistema de Justiça. No aspecto jurídico, há o impedimento legal de utilização da jurisdição estatal, diante da existência da cláusula compromissória. Impedimento, também, de utilização da jurisdição privada (arbitragem) em razão da ausência de condição financeira para arcar com seus custos, que não lhe foram informados quando da celebração do negócio jurídico. Sistema de multiportas para solução de conflitos inexistente, em face da realidade dos fatos. Cláusula reconhecida como patológica, fundamento para sua invalidação. Sentença anulada, determinando-se o prosseguimento do processo em seus ulteriores termos. Apelação dos autores provida” (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Acórdão. Apelação Cível n. 1003513-24.2020.8.26.0271. Apelação. Franquia. Arbitragem. Extinção do processo, em razão cláusula compromissória [...]. Comarca de Itapevi, São Paulo. Relator:

prolação do controverso (mas, preocupantemente, não isolado) veredito²⁷ poderia ter sido evitada caso fosse mais largamente explorada a figura do terceiro financiador do litígio, constatação demonstrativa de que o vácuo deixado pela barreira financeira de acesso ao sistema de Justiça a ninguém interessa e se revela potencial degradador de importantes mecanismos jurídicos que contribuem à eficiente solução de controvérsias e à construção de um saudável e virtuoso ambiente de negócios como, respectivamente, a arbitragem e o sistema de franquias.

No entanto, é inegável, pois, que existe um limbo, uma verdadeira zona inercial em que se situam empresas, tanto no âmbito judicial, quanto extrajudicial, que não ostentam condições financeiras de financiamento próprio para o litígio, e não podem contar com o patrocínio estatal a tanto. O quadro apresentado é demonstrativo, pois, da persistência de barreiras financeiras de acesso tanto na seara judicial, quanto extrajudicial, que precisam ser superadas, constituindo-se a figura do *Third Party Funding* solução viável ao desempenho de tal mister.

3. O *THIRD PARTY FUNDING*: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A zona de legitimação e de desenvolvimento do *Third Party Funding* se situa justamente no terreno em que persistem *barreiras financeiras* ao sistema de solução de controvérsias, podendo ela alcançar causas de valores absolutamente expressivos, mas também, de monta relativamente modesta se comparada às primeiras²⁸.

Conforme bem observa Álvarez *et al.*, ao analisar a atividade na seara arbitral, as forças de mercado contribuíram para aumentar a demanda e o interesse nos financiamentos, observando-se a expectativa de que referida indústria crescerá exponencialmente nos

Alexandre Lazzarini, 1º de junho de 2022a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15731563&cdForo=0>. Acesso em: 21 ago. 2024.)

²⁷ A decisão vem sendo criticada por constituir precedente que se mostra potencialmente perigoso à preservação das competências do Juízo Arbitral e de modelos de negócio como o de franquias (cf. ASSAD, Jose Roberto Camasmie. “Invalidação da cláusula compromissória nos contratos de franquias e o dever de informar os custos da arbitragem como requisito do acesso à justiça”. Revista Jurídica Profissional, v. 3, n. 1, 2024, p.52. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rjp/article/view/89823/85963>. Acesso em: 21 ago. 2024.)

²⁸ CARAMURU observa que nos Estados Unidos, país onde o mercado de terceiros financiadores já se apresenta bem desenvolvido, as *tort claims*, ou feitos de natureza civil indenizatória podem alcançar milhares de dólares, havendo outras causas de valores muito mais expressivos, que podem alcançar a casa dos milhões de dólares, habitat, evidentemente, de poucos *players*. (_____, Marina Silva. *Op. cit.*, p.32.)

próximos anos²⁹. É certo que os custos nominais de financiamento do processo arbitral tendem a se apresentar substancialmente mais elevados se comparados com aqueles referentes ao patrocínio de demandas perante o Poder Judiciário brasileiro. Nada obstante, referida tendência de crescimento do uso do financiamento por terceiros pode também ser esperada no campo judicial, porque à semelhança do que ocorre no âmbito da arbitragem, verifica-se na mencionada arena a existência das aludidas barreiras financeiras de acesso ou a mera possibilidade de utilização do financiamento à preservação de fluxo de caixa das empresas e o interesse de financiadores na obtenção de lucro por meio da exploração da atividade.

O *Third Party Funding* não se confunde com o patrocínio da causa *ad exitum* (contrato na modalidade *quota litis*) porque nesta se tem a figura do advogado que simplesmente deixa de cobrar antecipadamente seus honorários contratuais, condicionando seu recebimento ao sucesso da demanda. Não há, na espécie, patrocínio financeiro da demanda pelo causídico.

O *funder* também não pode ser confundido com a figura de certas *Legal Techs*³⁰ que atuam como entes que se inserem no fenômeno de automação da advocacia à indevida captação de clientela em demandas de massa, como é o caso de algumas que atuam contra empresas do setor aéreo à obtenção de reparação por danos morais. Referidas *legal techs*, a bem da verdade, não financiam os litígios, já que estes, quando patrocinados por aquelas, normalmente se desenvolvem sob o pálio da gratuidade processual ou perante o sistema dos Juizados Especiais, gratuito em primeiro grau por força do disposto no art. 54 da Lei nº 9.099/95³¹. Não há exatamente risco financeiro envolvido a referido *player*. No mais, a atuação de tais entes não redundará na facilitação ao acesso de empresas ao sistema de Justiça. Ao contrário, não raro operam em certos nichos *contra* empresas neles atuantes, como é o caso das *legal techs* em boa medida responsáveis pelo demandismo no setor aéreo brasileiro

²⁹ ÁLVAREZ, Omar Puertas et al. "Two's a crowd, three's a party: The coming of age of third-party funding in international arbitration". *Iurgium [previously Spain Arbitration Review]*, v. 2021, n. 40, 2021, pág.40.

³⁰ Segundo observa Klen, "De acordo com a Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs* (AB2L), *Lawtechs* e *Legaltechs* consistem em empresas que oferecem produtos ou serviços inovadores para a área jurídica por meio do uso de recursos tecnológicos. Existem ainda aqueles que realizam uma diferenciação entre elas, indicando que *Legaltechs* são empresas que visam melhorar ou otimizar o exercício da advocacia, ao passo que as *Lawtechs* visam resolver problemas jurídicos de consumidores (AFONSO e CARVALHO, 2022). De modo geral, no Brasil os termos são usados como sinônimos." (_____, Tobias Pereira et al. "A prática comercial do Litigation Finance Consumerista como instrumento viabilizador do acesso à justiça no Brasil". Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito junto da Universidade Federal de Santa Catarina. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/254806>. Acesso em: 10 ago. 2024.)

³¹ Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

que concentra impressionantes 98,5% dos processos contra companhias aéreas no mundo³², em que pese o Brasil manter níveis de excelência no transporte aéreo superiores a países como os Estados Unidos e europeus.

Já o denominado *seguro processual* constitui figura distinta do *terceiro financiador*, porque o primeiro se materializa quando a parte paga, antecipadamente, à seguradora um valor pré-determinado para se proteger da álea, ao passo que não há pagamento da parte ao *funder*, mas sim, o reverso³³.

A figura do *terceiro financiador* também se diferencia daquela que adquire créditos objeto de títulos executivos judiciais, o que ocorre comumente por meio de cessão onerosa já na fase de cumprimento de sentença, pois nesta hipótese não há adiantamento de custas e das despesas processuais, e o negócio jurídico celebrado não redundará na diminuição dos impactos financeiros da litigância ao titular originário da relação de direito material³⁴. Ademais, o cessionário não assume os riscos da litigância.

No estudo do financiador no processo judicial, Bovo o define como a pessoa física ou jurídica “(...) *alheia à relação jurídica principal, que se compromete a arcar com custos totais ou parciais de uma das partes perante uma demanda, sob condição de receber parcela dos ganhos advindos da resolução do litígio*”³⁵.

³² BECK, Marta; REIS, Beatriz. “Como ações judiciais se tornaram um custo milionário para aéreas no Brasil”. Bloomberg Línea. fev. 2024. Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/como-citar-uma-revista-nas-normas-abnt-impressa-ou-digital/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³³ BOVO, Paula Ferreira. “Financiamento de Litígios Judiciais por Terceiros (“Third Party Funding”): Uma Ótica Processual”. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 21, n. 2, 2020, p. 344. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/78259364/33463-libre.pdf?1641518981=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DFinanciamento_De_Litigios_Judiciais_Por.pdf&Expires=1748715631&Signature=QH1fRsduvuV-ZFd13BATbdmI-Pqo9qsolhBKimle90CK9ax-XZ-6HY~w~9rLTpo~ywlzoqrsWcN2p2pqSZzpHCuZzeubRtEVTTbsI7~uf7XsEbSEs4uP5AG2bR7o2tpRpU2icWyOLYV44hAN98QmtQM766uOPHKXMkqXg~qb51rG18PLi7T9E0XGL~EsFkLD-zqRXjIPfRD4E0EO-h2OFx7w9jG8sgC6y7d-MS0wbJvVUadB7g6wZpCqvFS6~JJpo0QD6fpntEt2NmX00aAxJLmpwfTuupPefvNwkjU3sRbt7r9n371hPrCXceowwtHmwJAZf-Mfp0YCVZGFSqLYeJQ_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 10 ago. 2024.

³⁴ *Ibidem*, p. 344.

³⁵ *Ibidem*, p. 343. Vale o registro de que a definição do *terceiro financiador* suporta variações, a depender do universo no qual se insere. Vejamos, por exemplo, a definição (mais ampla) apresentada pelo Relatório da Força-Tarefa do Conselho Internacional da Arbitragem Comercial (ICCA) em parceria com a *Queen Mary University of London*, segundo o qual, em tradução livre: “(...) o termo “financiador terceirizado” refere-se a qualquer pessoa física ou jurídica que não seja parte da disputa e não seja o advogado de uma parte, mas que entre em um acordo com uma parte, uma afiliada dessa parte ou um escritório de advocacia que represente essa parte: a) para fornecer suporte material ou financiar parte ou todo o custo dos procedimentos, individualmente ou como parte de uma gama específica de casos, e b) tal suporte ou financiamento seja fornecido por meio de uma doação, ou subsídio, ou em troca de remuneração ou reembolso total ou parcialmente dependente do resultado da disputa.” No original: “(...) the term “third-party funder” refers to any natural or legal person who is not a party to the dispute and is not a party’s legal counsel, but who enters into an agreement either with a party, an affiliate of that party, or a law firm representing that party: a) in order to provide material support for or to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and b) such support

Tecidas tais considerações, percebe-se que o *terceiro financiador* ostenta, basicamente, as seguintes características: i) trata-se de terceiro, pessoa física ou jurídica, alheia à relação de direito material e de direito processual originalmente estabelecida³⁶; ii) assume ele, de forma total ou parcial, os riscos financeiros da demanda, de modo que, em caso de insucesso da demanda, perde o investimento realizado; iii) é sujeito financeiramente interessado, que almeja ser remunerado com um percentual do resultado favorável obtido.

Trata-se de arranjo negocial que, a bem da verdade, não serve exclusivamente ao afastamento da já mencionada barreira financeira de acesso ao sistema de Justiça, mas também, a debelar *custos de oportunidade*, entendidos como o comprometimento de recursos financeiros por determinado interstício (que pode ser longo, ou até imprevisível, se considerada a morosidade do Poder Judiciário), já que o financiamento por terceiro pode ser utilizado por empresas litigantes que desejam preservar suas reservas financeiras ou alocá-las para outros fins que não o patrocínio de lides³⁷.

Outra vantagem transcendente à eliminação da mencionada barreira financeira de acesso reside nos potenciais ganhos reais de eficiência para o sistema de Justiça.

A bem da verdade, isenção de custas (concessão da *gratuidade de justiça*) para fins de acesso ao Poder Judiciário gera flagrantes *externalidades negativas*, suportadas pela sociedade.

À luz da ciência econômica, o serviço público de prestação jurisdicional — notadamente quando seu acesso é franqueado por meio da concessão da gratuidade de justiça —, é classificado à luz da ciência econômica, como *bem comum*, por ostentar como características a *não exclusão no uso* (a utilização do recurso por um indivíduo não exclui

or financing is provided through a donation, or grant, or in exchange for remuneration or reimbursement wholly or partially dependent on the outcome of the dispute". (BREKOULAKIS, Stavros et al. "Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-party Funding in International Arbitration". 2018. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=REPORT+OF+THE+ICCA-QUEEN+MARY+TASK+FORCE+ON+THIRD-PARTY+FUNDING+IN+INTERNATIONAL+ARBITRATION&btnG= . Acesso em: 31 ago. 2024.)

³⁶ Lembra Sampaio haver quem entenda se enquadrar na figura de terceiro financiador somente o *funder* profissional, excluindo-se da categoria, exemplificadamente, o familiar mutuante que viabiliza o desenvolvimento de determinado litígio. (_____, Felipe Bresciani de Abreu. "Cessão onerosa do direito hereditário como forma de financiamento do inventário por terceiros". 2022. Dissertação de Mestrado Profissional. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito, p. 13. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=FELIPE+bresciani+sampaio+cess%C3%A3o+onerosa+&btnG= . Acesso em: 31 ago. 2024). Parece-nos, no entanto, que o fato de o financiador ser terceiro particular alheio ao processo não desnatura a figura do *funder* (desde que reunidas todas as suas características, inclusive o intuito de lucro e a assunção dos riscos do negócio), até porque o mesmo regramento jurídico deve ser dedicado a todos que ostentarem determinada posição jurídica.

³⁷ HENRIQUES, Duarte Gorjão. "Third Party Funding ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal". Revista de Mediação e Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 308.

a possibilidade de sua utilização por outro) e a *rivalidade* (o uso do recurso por um tomador do serviço invariavelmente reduz na diminuição de sua utilidade da exploração por outrem).

Neste contexto, o financiamento do litígio por terceiros pode gerar *externalidades positivas*, notadamente se comparado com o modelo da justiça gratuita, pois, enquanto o deferimento de isenção das custas reduz na transferência dos custos da litigância para a coletividade³⁸, o *Third Party Funding* acarreta na internalização de referidos encargos financeiros pela iniciativa privada.

O *Third Party Funding* também pode atuar como instrumento de mitigação da litigância oportunista e frívola, já que dos fatores determinantes para a perpetuação de litígios estratégicos e, não raro, infundados, reside nas assimetrias informacionais entre os litigantes e em problemas de agência³⁹. Ocorre que terceiros financiadores são agentes econômicos ordinariamente detentores de expertise na avaliação da viabilidade do litígio cujos objetivos são alinhados aos do financiado, de modo que tal crivo econômico serve de filtro para demandas meritoriamente frágeis ou temerárias. Dito de outro modo, ao exigir uma avaliação rigorosa sobre as chances de êxito da demanda, o financiador incentiva um uso mais racional do aparato jurisdicional, afastando litígios com baixa probabilidade de sucesso e concentrando os recursos em casos de mérito substancial.

Aliás, o *Third Party Funding* tem o potencial de atuar na mitigação da litigância em si, já que litígios financiados por terceiros tendem a ser conduzidos mais diligentemente (dada a incessante busca pela eficiência, pelo financiador, agente racional e maximizador de suas utilidades) na busca de um desfecho eficiente. Tal diligência pode redundar, exemplificadamente, em um maior investimento em meios de prova, na análise mais criteriosa de estratégias processuais e, até mesmo, na adoção de meios alternativos (mais uma vez, mais eficiente) de solução da disputa.

³⁸ Segundo o Relatório Justiça em Números do ano de 2024, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2023, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$653,7 por habitante, R\$67,6 a mais, por pessoa, do que no ano anterior, se apresentando ele (gasto por habitante) o maior encontrado desde o início da série histórica. As despesas totais do Poder Judiciário corresponderam a 1,2% do PIB nacional. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2024 (ano-base 2023)*. Brasília, DF: CNJ, 2024, p. 82. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2024.)

³⁹ O problema de agência ou *agency problem* “... reflete as dificuldades encontradas quando um mandante ou contratante tem divergências de objetivos ou interesses, e quando há assimetria de informação ou incompletude no contrato. A assimetria de informação dificulta o monitoramento do mandatário e a incompletude do contrato torna impossível a determinação de consequências em todas as contingências possíveis. Assim, o mandante não pode assegurar que seu mandatário sempre fará as escolhas conforme os interesses dele mandante. A teoria da agência determina como os contratos devem ser desenhados para garantir a mitigação desse tipo de problema”. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 82.)

Não se pode ignorar, no entanto, que a atuação do terceiro financiador pode redundar em perdas para o sistema de justiça, e em ameaças às empresas e à economia domésticas.

Sob o primeiro prisma (geração de externalidades negativas para o sistema de justiça), não se pode olvidar à possibilidade de atuação de terceiros financiadores frente a demandas de massa, notadamente quando identificada a existência de jurisprudência exageradamente paternalista em temas de consumo. A explosão da litigiosidade decalcada no ajuizamento atomizado de milhares (ou milhões) de demandas, se de um lado serve a tutelar os interesses dos demandantes individualmente considerados, por outro, sob certa ótica, redundando no uso ineficiente do sistema de Justiça (se considerados os interesses de toda a coletividade), já que existem outros mecanismos à prevenção e solução de lides, mais alinhados aos interesses em jogo quando estes últimos são globalmente considerados, valendo como exemplos: i) o uso do chamado *processo estrutural*, viabilizador da formulação de soluções sistêmicas e abrangentes para problemas recorrentes; ii) o ajuizamento de ações coletivas, que permitem a formação de títulos executivos a titulares de direitos difusamente considerados, com redução absolutamente substancial dos custos processuais; iii) a rápida identificação de demandas de massa e edição de precedentes vinculantes (debeladores, muitas vezes, de vieses otimistas em relação ao resultado da demanda, fomentadores da litigância) e; iv) o aperfeiçoamento da atuação de agências reguladoras, inclusive, à prevenção de práticas abusivas fomentadoras da judicialização.

Relativamente ao segundo ponto vale destacar que poderosos fundos internacionais de financiamento de litígios, valendo-se da onda ESG (*Environmental Social and Governance*) vem estimulando o fenômeno do *forum shopping* e deslocando a solução de litígios para cortes estrangeiras ao argumento (não calcado em bases empíricas) de serem as últimas, mais céleres e imparciais. Referido deslocamento — que aprioristicamente poderia soar como benéfico ao sistema de justiça local, por poupá-lo do processamento de demandas não raro, complexas e dispendiosas — impõe custos elevados a empresas nacionais, que se veem obrigadas a litigar em jurisdições onerosas e estratégicas para os demandantes e/ou para os financiadores (que, como agentes racionais, estudam previamente o posicionamento de tais cortes frente à questão a ser posta sob julgamento). Ademais, o *forum shopping* favorece um modelo de litigância que, sob a roupagem de proteção ambiental e defesa dos princípios ESG, pode, na prática, mascarar interesses econômicos de escritórios e de financiadores estrangeiros, divergentes, inclusive, dos interesses dos financiados (aqui, resgata-se o

denominado *problema de agência*). Por fim, tal modelo de litigância pode redundar na erosão da competência das instituições nacionais, bem como, no risco de perda de controle sobre a regulação de atividades econômicas essenciais, como a exploração de recursos naturais e a atividade agroindustrial⁴⁰.

Fato é que o *Third Party Funding* é uma realidade, e vem se tornando cada vez mais frequente, e o fato de ele se apresentar, sob algum recorte, potencialmente perigoso, não autoriza a conclusão no sentido de ser ele desinteressante ao aperfeiçoamento do sistema de justiça.

O desafio que se coloca é que, se por um lado inexistente proibição à prática no Brasil, por outro há pouca regulamentação sobre o instituto⁴¹, e nenhuma em específico no cenário doméstico⁴², situação não exclusiva a nossa realidade conforme pontuam diversos autores⁴³. Nada obstante, observa-se o gradual surgimento de regulamentação do *Third Party Funding*: a edição de um Código de Conduta pelos integrantes da Associação dos Financiadores de Litígio da Inglaterra; a edição, no ano de 2017 de legislação por Hong Kong no campo da arbitragem e da mediação; o *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, que apesar de não regular o financiamento do litígio por terceiro, prevê sua possibilidade ao tratar do dever de revelação⁴⁴.

Ocorre que na linha da já mencionada visão neoinstitucionalista, que advoga a existência de correlação direta entre o aperfeiçoamento das instituições e o desenvolvimento econômico, seria interessante ao Brasil investir na regulamentação da atividade de financiamento do litígio, valendo a nota de que o fomento local da atividade, desde que corretamente orientada, certamente implicaria no maior acesso de empresas aqui atuantes aos

⁴⁰ A análise mais detida acerca dos problemas advindos da má utilização dos financiamentos por terceiro não constitui escopo do presente trabalho. Os efeitos negativos potencialmente advindos do financiamento de litígios por terceiros, notadamente na seara internacional, foram por nós explorados em: TIMM, Luciano Benetti. “Mercado de litigância e financiamento de litígios internacionais”. JOTA, 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-economia-mercado/mercado-de-litigancia-e-financiamento-de-litigios-internacionais>. Acesso em: 8 fev. 2025.

⁴¹ TEMER, Sofia. “Financiamento de litígios por ‘terceiros’ (ou ‘third-party’ funding): o financiador é um sujeito processual? Notas sobre a participação não aparente”. Revista de Processo | v. 309, n. 2020, p. 359-384, 2020, p. 361. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=FINANCIAMENTO+DE+LIT%C3%8DGIOS+POR+%E2%80%98TERCEIROS%E2%80%99+28OU+%E2%80%98THIRD-PARTY%E2%80%99+FUNDING%29%3A+O+FINANCIADOR+%C3%89+UM+Sujeito+PROCESSUAL%3F+NOTAS+SOBRE+A+PARTICIPA%C3%87%C3%83O+N%C3%83O+APARENTE&btnG=. Acesso em: 31 ago. 2024.

⁴² SAMPAIO, Felipe Bresciani de Abreu. *Op. cit.*, p. 21.

⁴³ BOVO, Paula Ferreira. *Op. cit.*, p. 345.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 345-346.

sistemas de solução de controvérsias disponíveis e em melhores condições para que prosperem.

3.1. O *THIRD-PARTY FUNDING* NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No campo judicial há inúmeras questões a serem tratadas, como as relativas à (im)possibilidade de estabelecimento da chamada *legitimidade extraordinária convencional*, para que o *funder* passasse a figurar como substituto processual da parte principal⁴⁵ e à (im)possibilidade de o terceiro financiador exercer controle ou influência em estratégias processuais. Na última hipótese, a depender da escolha do legislador, teríamos, a figura do *financiador ativo*, ou seja, daquele que age ativamente na gestão do processo, ou do *financiador passivo*, que não ostenta poder de ingerência algum⁴⁶. A diferenciação é relevante porque, apesar de atualmente não termos positivada a previsão legal da possibilidade de direta condenação de terceiro ao pagamento das custas e despesas processuais, poderia ela passar a existir a partir de inovação jurídica primária neste sentido⁴⁷.

Fato é que, considerando-se o sistema processual atualmente vigente, o terceiro financiador pode ser classificado como um *sujeito processual não aparente* capaz de exercer influência nos rumos do processo, ostentando, pois, deveres processuais de boa-fé (art.5º, CPC)⁴⁸. Nesta condição, ao terceiro financiador podem ser impostos diversos deveres processuais, como por exemplo, de estrito cumprimento das ordens judiciais à vista do disposto nos arts.5º, 6º e 77, inciso IV, todos do Código de Processo Civil⁴⁹, mas reconhece-se que a possibilidade de fixação da responsabilidade pelo pagamento de custas e de despesas processuais pelo *funder* remanesce bastante sensível⁵⁰.

Uma saída à superação de lacunas à atuação do terceiro financiador no processo judicial é apontada por Sampaio, que vê na possibilidade do estabelecimento de

⁴⁵ *Ibidem*, p. 347.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 347.

⁴⁷ A hipótese é alvo de críticas. Argumenta-se que o *funder* não abandona sua função principal de financiador do litígio que, a rigor, tem por protagonista o litigante. É este que, ao fim e ao cabo, porque titular de um interesse, opta pelo ajuizamento da demanda, de modo que, em última análise, sua sucumbência estaria ligada diretamente, de modo causal, à efetiva propositura da demanda, e não aos estímulos ou motivações que o levaram a tanto. (BOVO, Paula Ferreira. *Op. cit.*, p. 355)

⁴⁸ TEMER, Sofia. *Op. cit.*, p.360.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 366.

⁵⁰ A viabilidade de responsabilização do terceiro financiador é mencionada por TEMER, que recorre a existência de precedentes no âmbito arbitral, que deram pela excepcional extensão da responsabilidade do *funder* estabelecendo-se uma correlação entre controle, participação e condenação em custas e despesas. (TEMER, Sofia. *Op. cit.*, p. 365). No entanto, como dito, na seara processual o tema é mais controverso.

negócios processuais atípicos prevista no art. 200 do Código de Processo Civil uma saída ao estabelecimento de ajustes envolvendo a atuação do *funder*⁵¹.

Fato é que o estabelecimento de regras claras sobre referidas questões, se bem ajustadas, teria o potencial de criar ambiente mais propício à disseminação da figura do terceiro financiador.

Outra questão que se coloca é se existiria vedação à celebração de negócio jurídico entre financiador e financiado proibindo o último à realização de acordo ou condicionando sua celebração à observância de um determinado ganho financeiro.

O tema parece ter relação com o interesse público, não só porque a atividade pode refletir em índices de solução consensual de conflito e, por conseguinte, na maior ou menor necessidade de investimentos públicos no sistema de Justiça, mas também porque, a utilização da figura do terceiro financiador em níveis ótimos redundaria no enfraquecimento de barreiras financeiras de acesso das empresas ao sistema de solução de controvérsias e, assim, em um ambiente mais favorável a tais agentes econômicos à geração de riqueza e bem-estar social.

A rigor, nos termos do art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico está condicionada à existência de agente(s) capaz(es) e de objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e da observância de forma prescrita ou não defesa em lei. Levando-se em conta o ordenamento jurídico vigente, o agente financiador e empresa podem livremente estabelecer limites à transação entre os litigantes, ou mesmo vedá-la, dada a licitude do objeto do negócio, a disponibilidade dos direitos patrimoniais em jogo e a inexistência de vedação legal a tanto.

Anote-se que futura inovação legislativa que vedasse a possibilidade de pactuação de restrições à celebração de acordos judiciais entre patrocinado e a contraparte simplesmente inviabilizaria a figura do terceiro financiador, pois, como visto, tal *player* arca total ou parcialmente com os custos do litígio com vistas ao lucro, e certamente dinheiro algum seria investido em negócio que condicionasse a sorte do investimento a conduta puramente potestativa do patrocinado.

Não se pode descartar, contudo, a ideia de futura imposição de limitações à livre pactuação entre financiador e financiado relativamente ao objeto em análise, que viria em favor da preservação de ambiente favorável à celebração da autocomposição entre financiado e contraparte, e até mesmo, se bem calibradas referidas limitações, à estabilidade

⁵¹ SAMPAIO, Felipe Bresciani de Abreu. *Op. cit.*, p. 23.

do financiamento do litígio, já que existência de regras legais preestabelecidas coibiria a prática consistente na ameaça de sustação do subsídio em caso de divergências entre *funder* e financiado quanto à celebração de acordos.

O ponto é que o problema demanda grande reflexão para que a solução reflita uma estrutura equilibrada capaz de acomodar os interesses em jogo.

Outra situação que merece ser enfrentada é a consistente em se saber se haveria ou não o dever de informar ao juízo a existência do financiamento.

A nós a resposta parece ser positiva, e a razão imediata se relaciona aos deveres de cooperação ao desenvolvimento de um processo hígido e conduzido por um juiz imparcial.

Dentre os argumentos utilizados por aqueles que entendem pela inexistência de relação entre o dever de revelação do financiador e a necessidade de preservação da imparcialidade do julgador está aquele consistente no raciocínio segundo o qual se o julgador não sabe que existe o financiador, não detecta seu próprio interesse no favorecimento de alguma das partes⁵².

O argumento comporta objeção, porque estruturado na pressuposição de que o julgador não sabe da existência do financiador, mas não considera a hipótese de ser o magistrado conhecedor do financiamento. Ademais, porque excluir, de maneira absoluta, a possibilidade da existência de arranjo prévio ou de interesses entre julgador e terceiro financiador?

A existência de um juiz imparcial constitui pressuposto de validade do processo, valor decalcado da previsão do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que proclama o direito de todos a um julgamento imparcial, e do art. 8º, inciso I, da Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

E a bem da verdade, a conclusão pela existência de um julgador imparcial em determinado feito pressupõe a possibilidade de plena e constante fiscalização das partes relativamente à atividade judicante.

Argumente-se, ainda, que em que pese o art. 145 do Código de Processo Civil trazer em seus incisos hipóteses de suspeição de parcialidade ligadas a relações estabelecidas entre julgador e uma das partes, tal fato se dá porque, como dissemos, não há em nosso ordenamento previsão e regulamentação relativa à figura do terceiro financiador que, por ostentar flagrante interesses econômicos na causa, com a figura de parte muito se assemelha.

⁵² BOVO, Paula Ferreira. *Op. cit.*, p. 347.

Nesta linha, evidencia-se que haveria de ser reconhecida a suspeição de parcialidade do julgador, nos termos do que dispõe o art.145, III, da lei adjetiva, que tivesse certo fundo investimento como seu credor/devedor e figurasse este como *funder*.

Há que se considerar, ainda, o disposto no art. 148 do diploma suso mencionado, já que referida norma estende os motivos de suspeição, dentre inúmeros outros atores processuais, aos peritos, profissionais comumente nomeados em intrincadas disputas empresariais e que exercem fortíssima influência no julgamento da lide.

É perfeitamente possível, no plano fenomênico, a existência de liames entre expertos e terceiros financiadores aptos ao comprometimento da imparcialidade de referido profissional. Logo, sonegar a informação acerca da existência do *funder* comprometeria seriamente a possibilidade do exercício de democrática fiscalização dos atos processuais pelas partes e, em última instância, a higidez do processo.

Acresça-se que, como já mencionamos, na qualidade de *sujeito oculto* do processo, ostenta o terceiro financiador deveres de lealdade e de boa-fé, nos expressos termos dos arts. 5º e 6º do Código de Processo Civil, devendo, portanto, sua conduta ficar submetida ao escrutínio dos demais *players* processuais.

Tal posicionamento se encontra em linha com a tendência internacional de divulgação obrigatória do financiamento na arbitragem internacional, observada por Trittman e Ohlrogge⁵³ depois de procederem a uma revisão de regras institucionais acerca do tema⁵⁴.

⁵³ _____, Rolf; _____, Leonardo. "Disclosure of Third-Party Funding in International Arbitration". Revista de Arbitragem e mediação. Vol.80/2024, p. 93-111. Jan – Mar/2024. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89b847000001919103e52107d5a658&docguid=I35ce8050d07911eeaecef5c09e735435&hitguid=I35ce8050d07911eeaecef5c09e735435&spos=1&epos=1&td=18&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 26 ago. 2024.

⁵⁴ Observaram os autores que à medida em que o financiamento por terceiros se expandia, tornou-se cada vez mais evidente a necessidade de estabelecimento de diretrizes acerca do dever de relevação da existência do patrocínio financeiro da causa. Assim, no ano de 2012 formou-se um subcomitê para a revisão do IBA, oportunidade em que se evidenciou a necessidade de estabelecimento de orientação sobre o tema. Em 2013, o *International Concil for Commercial Arbitration (ICA)*, em associação com a *Queen Mary University* formou uma força tarefa para abordar questões surgidas a partir da expansão do financiamento de terceiros na arbitragem internacional e, em 2015 referida universidade e a *White & Case* publicaram uma pesquisa que revelava que 76% dos entrevistados concordaram que a divulgação do financiamento de terceiros deveria ser obrigatória, e que 63% deles entendia que a identidade do *funder* deveria ser divulgada. Outra pesquisa, do ano de 2018 também apontou para tal consenso. Observaram os autores que as Diretrizes da IBA sobre Conflito de Interesses apesar de não vinculativas, constituem importante referência, e as mudanças nelas operadas bem capturam o entendimento segundo o qual constitui obrigação do financiado a divulgação do financiamento. Referidas Diretrizes originalmente, ou seja, no ano de 2004, não encerravam qualquer referência ao financiamento de terceiros, situação que mereceu revisão no ano de 2014 quando se apontou: (i) a necessidade de inclusão de financiadores e de seguradoras como equivalentes a partes; (ii) o dever de o financiado informar a existência de qualquer relação entre o financiador e o árbitro, por sua própria iniciativa, e na primeira oportunidade. *Ibidem*.

Como visto, há inúmeras questões processuais relacionadas à atuação do terceiro financiador no âmbito processual, sendo certo que a possibilidade de regulamentação passa pela reflexão criteriosa acerca dos interesses em jogo, para que a positivação de normas jurídicas, ao fim e ao cabo, não se transmude em maiores obstáculos ao desenvolvimento da atividade no Brasil.

3.2. O THIRD PARTY FUNDING SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA

Discussões acerca de qual seria o melhor arranjo normativo à regulamentação da atuação do terceiro financiador no processo civil brasileiro são de fundamental importância, pois, sob o prisma da Teoria da Escolha Racional o *funder* é agente racional, maximizador de suas próprias utilidades. Nas palavras de Kessedjian⁵⁵, citada por Sampaio, “[o] *financista não é um altruísta, ele participa não para promover o recurso à justiça, uma espécie de Cavaleiro Branco do julgamento, mas age para ganhar dinheiro*”⁵⁶.

O financiador, pessoa física ou jurídica, a bem da verdade, como qualquer agente racional, se vale de um processo de decisão marginalista de prévia ponderação entre custos e benefícios⁵⁷, para então decidir pela concessão, ou não, do financiamento à parte litigante.

E neste processo decisório, como bem ponderam Cavalvante e Gico Jr, à luz da juseconomia, o direito é considerado como “um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos”⁵⁸.

Num cenário em que fossem ignoradas inúmeras outras variáveis (na verdade, indissociáveis do mencionado processo decisório) bastaria que a estimativa dos custos financeiros suportados pelo *funder* ficasse aquém do lucro efetivo esperado por referido investidor para se decidisse favoravelmente ao financiamento.

⁵⁵ KESSEDJIAN, Catherine. “Le financement de contentieux par un tiers: Third Party Litigation Funding”. Paris: Editions Panthéon Assas, 2012, p. 11. Disponível em: <https://www.assas-universite.fr/fr/recherche/editions-pantheon-assas/ouvrages/financement-contentieux-tiers-third-party-litigation>. Acesso em: 31 ago. 2024.

⁵⁶ SAMPAIO, Felipe Bresciani de Abreu. *Op. cit.*, p. 13.

⁵⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. “O que é Direito e Economia?”. Revista de Direito UNIFACS – Debate Virtual, n.160, 2013 – p. 7–8. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em: 31 ago. 2024.

⁵⁸ CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake; GICO JR, Ivo Teixeira. “De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça”. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 166-178, 2014, p.168. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=gico+de+gra%C3%A7a+at%C3%A9+inje%C3%A7%C3%A3o+na+testa+&btnG=. Acesso em: 31 ago. 2024.

Neste sentido, valendo-nos de uma simples inequação, teríamos, a esboçar o que podemos denominar de *condição de financiamento*, que:

$$Cf < P \times Ve$$

onde “Cf” são os custos arcados pelo *funder*, “P” é a probabilidade de sucesso da demanda e “Ve” é o valor estimado do proveito obtido pelo financiador, com o litígio, já descontada a parte pertencente ao financiado⁵⁹.

Ocorre que a realidade é avessa a simplificações. No mundo real a análise de risco do financiador não pode ser reduzida à inequação apresentada, porque outras variáveis a compõe, integrando os riscos a serem sopesados.

Pondere-se que para além dos (des)incentivos trazidos pelas regras procedimentais já tratadas no presente texto, a decisão pela concessão do financiamento deve levar em conta alguns riscos.

Dentre eles, pode ser mencionado o viés comportamental denominado seleção adversa, conduta ligada à assimetria informacional capaz de influenciar negativamente na tomada de decisão pelo financiador. É concreto, pois, o risco de má avaliação do risco pelo financiador, derivada da assimetria de informações, notadamente, diante da possibilidade real de o financiado mentir sobre características importantes da lide, ou omitir fatos sobre ela. Má avaliação da situação subjacente, na espécie, redundaria na assunção de riscos não desejados e na maior probabilidade de fracasso.

O financiador deve se acautelar, ainda, em relação ao chamado risco moral (*moral hazard*), fenômeno observável quando um dos contratantes passa a agir de forma menos cuidadosa em virtude de não arcar totalmente com as consequências de suas ações.

O risco moral se verifica, por exemplo, nos contratos de seguro, porque existe a possibilidade de o segurado passar a adotar comportamentos mais arriscados, que não adotaria antes da contratação do seguro, como estacionar em locais mais propensos à ocorrência de furtos e roubos.

Obviamente o *moral hazard* pode rondar contratos de financiamento do litígio, diante da concreta possibilidade de o financiado passar a atuar de forma descomprometida

⁵⁹ Para ilustrar como funciona a inequação apresentada ($Cf < P \times Ve$) basta imaginarmos que o financiamento de determinado litígio pelo *funder* custaria R\$10.000,00, tendo sido estimada a probabilidade de vitória em 70% (0,7) e o Valor Total de retorno esperado pelo financiador, já descontada a parte do financiado, o montante de R\$40.000,00. Em tal cenário, teríamos o seguinte: $R\$10.000,00 < R\$28.000,00$. No exemplo, a condição de aprovação do financiamento estaria satisfeita.

com o resultado da demanda, comportamento cuja maior ou menor probabilidade de ocorrência muito depende da estrutura do contrato estabelecido entre as partes⁶⁰.

É claro que parte da gestão dos riscos da atividade em comento, a decisão por sua assunção ou repúdio, deve ser confiada à seara contratual.

O que se pretendeu demonstrar com a alusão às externalidades negativas derivadas dos fenômenos da seleção adversa e do risco moral, no entanto, é que o sucesso da empreitada depende de um considerável número de variáveis, e que parte destas podem ser formatadas favoravelmente pelo Estado mediante a edição de normas legais que contribuam ao saudável desenvolvimento do financiamento por terceiros no âmbito judicial no Brasil.

Em suma, a opção por estabelecerem-se regras processuais à regulamentação da figura do terceiro financiador importa. A opção pela ausência de regulamentação também importa. A fixação de normas mais ou menos restritivas à atuação do *funder* em diversas situações (v.g. possibilidade de ingerência do *funder* na gestão processual, possibilidade de sua condenação ao pagamento de custas e de despesas do processo) também impactam na tomada de decisão do financiador e no desenvolvimento da atividade. Em suma, as normas, a ausência delas, a maior ou menor segurança jurídica e a estruturação de um ambiente mais ou menos amigável aos interesses do *funder* constituem preços implícitos que integram a estrutura de (des)incentivos ao desenvolvimento da atividade de financiamento de litígios por terceiros.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do desenvolvimento do presente artigo demonstramos que no Brasil persistem barreiras financeiras de acesso ao sistema de Justiça às empresas, redundam, ao fim e ao cabo, em limitação de acesso à chamada *ordem jurídica justa*.

Analisando o problema sob o prisma *neoinstitucionalista* é acertado dizer que o aperfeiçoamento do sistema de Justiça mediante o afastamento de mencionada barreira financeira a empresas contribuiria ao desenvolvimento econômico e social do Brasil.

⁶⁰ Dentre os (des)incentivos a referido *comportamento contraditório* serem sopesados na estruturação do contrato destacaríamos a previsão ou não de ingerência do *funder* na gestão do processo, e a cuidadosa previsão da extensão do financiamento (se o *funder* deve se comprometer tão-somente com o pagamento dos *custos* do processo, ou se adiantaria ao financiado parte do resultado final esperado com o julgamento da lide).

O *Third Party Funding* constitui arranjo capaz de afastar, em determinadas situações, referidas barreiras financeiras.

No entanto, referida atividade não se encontra regulamentada pelo direito positivo brasileiro e, notadamente no âmbito judicial, diversas questões carecem de regramento.

Um alerta se faz necessário. Normas jurídicas, à luz da ciência econômica, são tidas como *preços* e integram a estrutura de (des)incentivos à tomada de decisão (na espécie, dos financiadores) de modo que o adequado estabelecimento de normas jurídicas processuais, com boa calibração à acomodação de interesses dos envolvidos redundaria na criação de melhores condições ao desenvolvimento da atividade no Brasil. De outro lado, o estabelecimento de regramento inadequado poderia prejudicar o desenvolvimento do financiamento do litígio por terceiro no país.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ, Omar Puertas et al. Two's a crowd, three's a party: The coming of age of third-party funding in international arbitration. *Iurgium* [previously Spain Arbitration Review], v. 2021, n. 40, 2021.

AREND, Andreia Propp; TIMM, Luciano Benetti. A análise econômico-jurídica da arbitragem expedita. *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBAr, v. 65, 2020. Disponível em: <https://www.rba.cbar.org.br/index.php/rba/article/view/112>. Acesso em: 8 fev. 2025.

ASSAD, Jose Roberto Camasmie. Invalidação da cláusula compromissória nos contratos de franquia e o dever de informar os custos da arbitragem como requisito do acesso à justiça. *Revista Jurídica Profissional*, v. 3, n. 1, 2024. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rjp/article/view/89823/85963>. Acesso em: 21 ago. 2024.

BECK, Marta; REIS, Beatriz. Como ações judiciais se tornaram um custo milionário para aéreas no Brasil. *Bloomberg Línea*. fev. 2024. Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/como-citar-uma-revista-nas-normas-abnt-imprensa-ou-digital/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2024 (ano-base 2023)*. Brasília, DF: CNJ, 2024. p. 82. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Constitui%C3%A7%C3%A3o+federal+senado+pdf&oq=Constitui%C3%A7%C3%A3o+federal+senado+pdf&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYO dIBCDY2MjJqMGo3qAIAAsAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 6 ago. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002*. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: https://www.google.com/search?q=decreto+no+4.311+de+23+de+julho+de+2002+pdf&oq=Decreto+n%C2%BA+4.311+de+23+de+julho+de+2002+&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUqCQgBEC EYChigATIGCAAQRRg5MgkIARAhGAoYoAEyCQgCECEYChigATIJCAMQIRgKGKA BMgkIBBAhGAoYoAHSAQgyOTM3ajBqN6gCALACAA&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. *Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 6 ago. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.099 de 22 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Jurisprudência do STJ. Jurisprudência em Teses. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 06 ago. 2024.

BREKOU LAKIS, Stavros et al. *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-party Funding in International Arbitration*. 2018. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=REPORT+OF+THE+ICCA-QUEEN+MARY+TASK+FORCE+ON+THIRD-PARTY+FUNDING+IN+INTERNATIONAL+ARBITRATION&btnG=. Acesso em: 31 ago. 2024.

BOVO, Paula Ferreira. Financiamento de Litígios Judiciais por Terceiros (“Third Party Funding”): Uma Ótica Processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 21, n. 2, 2020.

Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/78259364/33463-libre.pdf?1641518981=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DFinanciamento_De_Litigios_Judiciais_Por.pdf&Expires=1748715631&Signature=QH1fRsduvuV-ZFd13BATbdmI-Pqo9qsoIhBKImle90CK9ax-XZ-6HY~w~9rLTpo~ywlzoqrsWcN2p2pqSZpHCuZzeubRtEVTtbsI7~uf7XsEbSEs4uP5AG2bR7o2tpRpU2icWyOLYV44hAN98QmtQM766uOPHKXMkqXg~qb51rG18PLiT79E0XGL~EsFkLD-zqRXjIPfRD4E0EO-h2OFx7w9jG8sgC6y7d-MS0wbJvVUadB7g6wZpCqvFS6~JJpo0QD6fpntEt2NmxO0aAxJLmpwfTuuPefvNwkjU3sRbt7r9n371hPrCXceowwtHmwJAZf-Mfp0YCVZGFSqLyeJQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 10 ago. 2024.

CARAMURU, Marina Silva. Aplicabilidade do *Third Party Funding* no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA*, v.2, n.1, 2023. Disponível em: <https://cbma.com.br/comite-de-jovens-arbitralistas-cja/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem Comercial Internacional e o Acesso à Justiça. O novo paradigma do *Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - *Pontifícia Universidade Católica*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6676/1/Napoleao%20Casado%20Filho.pdf> . Acesso em: 21 ago. 2024.

CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake; GICO JR, Ivo Teixeira. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 166-178, 2014. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=gico+de+gra%C3%A7a+at%C3%A9+inje%C3%A7%C3%A3o+na+testa+&btnG= . Acesso em: 31 ago. 2024.

DOS SANTOS, Caroline. Third-party funding in international commercial arbitration: a wolf in sheep's clothing? *ASA Bull.*, v. 35, p. 918-936, 2017. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Third-party+funding+in+international+commercial+arbitration%3A+a+wolf+in+sheep%E2%80%99s+clothing%3F&btnG= . Acesso em: 20 ago. 2024.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. Third Party Funding ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal. *Revista de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KESSEDJIAN, Catherine. Le financement de contentieux par un tiers: Third Party Litigation Funding. Paris: *Editions Panthéon Assas*, 2012. Disponível em: <https://www.assas-universite.fr/fr/recherche/editions-pantheon-assas/ouvrages/financement-contentieux-tiers-third-party-litigation>. Acesso em: 31 ago. 2024.

KLEN, Tobias Pereira et al. A prática comercial do Litigation Finance Consumerista como instrumento viabilizador do acesso à justiça no Brasil. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito junto da *Universidade Federal de Santa Catarina*, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/254806>. Acesso em: 10 ago. 2024.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. Bahia: Editora *JusPodivm*, 2018.

MARCELLO JR., Osmar. Análise Econômica da Gratuidade Processual e de seus Impactos na Estrutura de Incentivos à Litigância. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2024.

NANI, Ana Paula Ribeiro; TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem Vc. Judiciário: Uma Análise Econômica e Econômica-Comportamental. *Economic. Analysis of Law Review*, v. 13, n. 3, 2022. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/13474>. Acesso em: 8 fev. 2025.

PRZEWORSKI, Adam. A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? *Novos estudos CEBRAP*, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/rnB9BX68PvCvCFnQQ64sVpF/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SALAMA, Bruno Meyerhof. “O que é Direito e Economia?”. Revista de Direito *UNIFACS* – Debate Virtual, n. 160, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em: 31 ago. 2024.

SAMPAIO, Felipe Bresciani de Abreu. Cessão onerosa do direito hereditário como forma de financiamento do inventário por terceiros. 2022. Dissertação de Mestrado Profissional. *Fundação Getúlio Vargas*, Escola de Direito. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=FELIPE+bresciani+sampaio+cess%C3%A3o+onerosa+&btnG=)

[BR&as_sdt=0%2C5&q=FELIPE+bresciani+sampaio+cess%C3%A3o+onerosa+&btnG=](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=FELIPE+bresciani+sampaio+cess%C3%A3o+onerosa+&btnG=). Acesso em: 31 ago. 2024.

TEMER, Sofia. Financiamento de litígios por ‘terceiros’ (ou ‘third-party’ funding): o financiador é um sujeito processual? Notas sobre a participação não aparente. *Revista de*

Processo | v. 309, n. 2020, p. 359-384, 2020. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=FINANCIAMENTO+DE+LIT%C3%8DGIOS+POR+%E2%80%98TERCEIROS%E2%80%99+%28OU+%E2%80%98THIRD-PARTY%E2%80%99+FUNDING%29%3A+O+FINANCIADOR+%C3%89+UM+SUJEITO+PROCESSUAL%3F+NOTAS+SOBRE+A+PARTICIPA%C3%87%C3%83O+N%C3%83O+APARENTE&btnG=)

[BR&as_sdt=0%2C5&q=FINANCIAMENTO+DE+LIT%C3%8DGIOS+POR+%E2%80%98TERCEIROS%E2%80%99+%28OU+%E2%80%98THIRD-PARTY%E2%80%99+FUNDING%29%3A+O+FINANCIADOR+%C3%89+UM+SUJEITO+PROCESSUAL%3F+NOTAS+SOBRE+A+PARTICIPA%C3%87%C3%83O+N%C3%83O+APARENTE&btnG=](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=FINANCIAMENTO+DE+LIT%C3%8DGIOS+POR+%E2%80%98TERCEIROS%E2%80%99+%28OU+%E2%80%98THIRD-PARTY%E2%80%99+FUNDING%29%3A+O+FINANCIADOR+%C3%89+UM+SUJEITO+PROCESSUAL%3F+NOTAS+SOBRE+A+PARTICIPA%C3%87%C3%83O+N%C3%83O+APARENTE&btnG=) . Acesso em: 31 ago. 2024.

TIMM, Luciano Benetti. Mercado de litigância e financiamento de litígios internacionais. *JOTA*, 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-economia-mercado/mercado-de-litigancia-e-financiamento-de-litigios-internacionais>. Acesso em: 8 fev. 2025.

TRITTMANN, Rolf; OHLROGGE, Leonardo. Disclosure of Third-Party Funding in International Arbitration. *Revista de Arbitragem e mediação*. Vol. 80/2024. p.93-111. Jan – Mar/2024. Disponível em:

[https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89b847000001919103e52107d5a658&docguid=I35ce8050d07911eeacef5c09e735435&hitguid=I35ce8050d07911eeacef5c09e735435&spos=1&epos=1&td=18&context=9&crumb-](https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89b847000001919103e52107d5a658&docguid=I35ce8050d07911eeacef5c09e735435&hitguid=I35ce8050d07911eeacef5c09e735435&spos=1&epos=1&td=18&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#)

[label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#](https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89b847000001919103e52107d5a658&docguid=I35ce8050d07911eeacef5c09e735435&hitguid=I35ce8050d07911eeacef5c09e735435&spos=1&epos=1&td=18&context=9&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#). Acesso em: 26 ago. 2024.

WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à Justiça, Processos Coletivos e Outros Estudos. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. Análise Econômica do Processo Civil: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”. São Paulo: *Thomson Reuters Brasil*, 2020.

CARTOGRAFIAS DA CONSTITUIÇÃO: DISPUTAS SOBRE O SENTIDO, O TEMPO E O POVO

CARTOGRAPHIES OF THE CONSTITUTION: DISPUTES OVER MEANING, TIME, AND THE PEOPLE

Renato Almeida de Moraes ¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8674-5799>

Submissão: 03/06/2025

Aprovação: 25/06/2025

RESUMO:

Este estudo comparativo examina criticamente as contribuições de importantes pensadores da teoria constitucional contemporânea: Jon Elster, Peter Häberle, Tom Ginsburg, Zachary Elkins, Aziz Huq, Sanford Levinson, Jack Balkin e Philip Bobbitt. Embora compartilhem a visão de que a constituição transcende o campo técnico-jurídico e assume papel simbólico central, divergem quanto à sua origem, legitimidade e função. A primeira parte da análise apresenta uma leitura articulada das propostas desses autores, evidenciando seus métodos, críticas e modelos normativos. A segunda parte identifica convergências significativas: a valorização da constituição como projeto político em construção, a ênfase na legitimidade democrática e a recusa ao formalismo dogmático. Apesar das diferenças metodológicas — que variam da hermenêutica cultural à análise empírica e à crítica institucional — todos reconhecem a constituição como espaço vivo de disputa e reinterpretação. A terceira parte explicita dissensos fundamentais sobre soberania popular, tempo constitucional, linguagem jurídica e o papel das cortes. Elster propõe contenção e racionalidade; Häberle, uma abertura pluralista; Ginsburg e Elkins enfatizam o desempenho institucional; Levinson defende ruptura e refundação; enquanto Balkin e Bobbitt oferecem perspectivas narrativas e históricas.

¹ Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFSCar, Doutor em Ciência Política pela USP, especialista em Direito Humanos pela Faculdade do Largo de São Francisco/USP, bacharel em Direito pela UFMG – E-mail: renato.a.moraes@gmail.com - Ark:/80372/2596/v16/012

Conclui-se que o dissenso não é um entrave, mas expressão da vitalidade da teoria constitucional. O texto propõe um constitucionalismo responsivo, plural e crítico, que reconheça o conflito democrático como condição necessária para a realização da justiça e da liberdade em sociedades contemporâneas.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Legitimidade. Interpretação. Reforma. Desempenho.

ABSTRACT:

This comparative study critically examines the contributions of key thinkers in contemporary constitutional theory: Jon Elster, Peter Häberle, Tom Ginsburg, Zachary Elkins, Aziz Huq, Sanford Levinson, Jack Balkin, and Philip Bobbitt. While all acknowledge that the constitution transcends its technical-legal function and holds symbolic centrality, they differ sharply on its origins, legitimacy, and purpose. The first part of the analysis articulates the authors' main proposals, highlighting their methods, critical targets, and normative models. The second part identifies significant convergences: the constitution is seen as a political project in constant construction, democratic legitimacy is a shared concern, and formalist legal closure is consistently rejected. Despite their diverse methodological approaches — ranging from cultural hermeneutics to empirical analysis and radical critique — all view the constitution as a dynamic site of contestation and reinterpretation. The third part explores key divergences on themes such as popular sovereignty, constitutional temporality, legal language, and the role of courts. Elster advocates for rational deliberation and restraint; Häberle proposes pluralistic openness; Ginsburg and Elkins focus on institutional performance; Levinson calls for rupture and constitutional reinvention; while Balkin and Bobbitt offer narrative and historical interpretive frameworks. The study concludes that disagreement enriches rather than weakens constitutional theory. It argues for a responsive, pluralistic, and critical constitutionalism — one that embraces democratic conflict as a necessary condition for justice and freedom in contemporary societies.

KEYWORDS: Constitution. Legitimacy. Interpretation. Reform. Performance.

1. INTRODUÇÃO — AS CARTOGRAFIAS DO SILÊNCIO: TEMPORALIDADE, PODER E PROMESSA NAS ESTRUTURAS CONSTITUCIONAIS

A constituição, como matriz estrutural do pacto político, é, para Jon Elster, menos um produto textual do que um processo moldado por racionalidade pública, moderação moral e justiça procedimental. Em sua abordagem, profundamente racionalista, o ponto de partida está no caráter ideal de um processo constituinte imune às paixões momentâneas e guiado pela imparcialidade. Elster defende que a legitimidade constitucional repousa, sobretudo, na forma como é construída: a publicidade das deliberações, a pluralidade das vozes, a abertura para o dissenso e a racionalidade coletiva não são apenas ornamentos procedimentais, mas condições de possibilidade para que a constituição seja respeitada, internalizada e atualizada ao longo do tempo. Seu modelo parte de uma confiança deontológica na razão pública como mediação entre interesses divergentes, e se ancora no princípio da justiça como equidade deliberativa.

Contudo, Elster não ignora os riscos da captura do processo constituinte por facções majoritárias ou elites técnico-burocráticas. Daí a exigência de mecanismos institucionais que inibam as distorções produzidas por interesses de curto prazo. Em diálogo crítico com o contratualismo, seu modelo admite a inevitabilidade do conflito, mas exige um desenho normativo-institucional que mitigue seus efeitos corrosivos. Ao lado de Elster, Peter Häberle enriquece esse horizonte ao deslocar o foco da origem para a permanência da constituição, propondo sua leitura como “cultura constitucional”. Para Häberle, a constituição não é apenas um texto jurídico, mas um fenômeno cultural-político, um repositório simbólico que incorpora a identidade e os valores fundamentais de uma sociedade. Sua tese de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” rompe com a hermenêutica fechada do normativismo clássico e propõe uma pluralização dos intérpretes legítimos, indo além dos juristas para incluir os cidadãos, os meios de comunicação, os grupos sociais e as minorias.

Esse deslocamento — do racionalismo jurídico para a vitalidade cultural — transforma a constituição em organismo vivo, em constante reinterpretação. Nesse sentido, Häberle se afasta da tradição dogmática da ciência jurídica continental, ao reivindicar para a constituição uma função performativa e comunicativa. A legitimidade, aqui, deixa de ser apenas o produto de uma origem pura e passa a ser sustentada pela continuidade participativa.

A constituição é mantida viva não apenas por sua coerência lógica, mas por sua ressonância com as práticas sociais e com as lutas de sentido que atravessam a vida pública.

Se Elster busca fundar a autoridade constitucional na pureza do processo, Häberle busca fundá-la na ressonância entre texto e cultura. Essa tensão entre racionalidade procedimental e historicidade simbólica revela o coração pulsante da constituição: ela é, simultaneamente, norma e narrativa. A constituição, nesses termos, deixa de ser uma peça jurídica isolada e se torna um espaço de disputa hermenêutica, onde os significados se desdobram e se renegociam com o passar das gerações. Ambas as abordagens convergem em reconhecer que a legitimidade constitucional é sempre relacional: depende tanto de seu nascimento quanto de sua permanência como espelho e horizonte da sociedade.

No campo da teoria empírica e comparativa, Tom Ginsburg, Aziz Z. Huq, Zachary Elkins e James Melton propõem uma inflexão metodológica de importância capital: deslocam o debate sobre constituições do plano normativo ao plano do desempenho. Em sua análise, o sucesso constitucional não é atributo intrínseco do texto, mas uma qualidade relacional entre norma, contexto e prática. Rejeitam, portanto, qualquer critério universal e invariável de sucesso constitucional. Em seu lugar, propõem uma abordagem pluralista, fundada em parâmetros locais, históricos e culturais. A constituição é, para esses autores, menos um sistema fechado de normas e mais um conjunto de mecanismos institucionais que devem provar sua funcionalidade ao longo do tempo. O critério do sucesso passa, assim, a ser a capacidade da constituição de adaptar-se, de ser interpretada e reconfigurada conforme novas demandas sociais e contextos políticos.

Em *The Endurance of National Constitutions*, Elkins, Ginsburg e Melton exploram a longevidade constitucional como dado empírico de importância decisiva. Por que algumas constituições duram séculos, enquanto outras são abandonadas ou substituídas após poucos anos? A resposta envolve uma multiplicidade de fatores: o grau de inclusão dos atores no processo constituinte, a capacidade de mediação de conflitos estruturais, a flexibilidade para reformas incrementais e a funcionalidade das instituições criadas. A rigidez excessiva, defendem os autores, é uma ameaça à durabilidade. Por isso, constituições que combinam estabilidade com capacidade adaptativa — por meio de emendas, reinterpretações e mecanismos de autocorreção — tendem a durar mais e funcionar melhor.

Essa ênfase na adaptabilidade ecoa, com outras palavras, na crítica de Ginsburg e Huq à ideia de que constituições exitosas seriam aquelas que imitam modelos liberais consagrados, como o norte-americano ou o alemão. Ao contrário, o sucesso constitucional é

sempre local, processual e contingente. Uma constituição pode ser funcional mesmo sem espelhar os manuais de direito constitucional liberal. O que importa é sua capacidade de articular, em seu tempo e espaço, mecanismos que garantam paz social, inclusão e governabilidade. E para tanto, é preciso distinguir entre legitimidade formal — o respeito à letra da norma — e legitimidade substantiva — a capacidade de realizar justiça, participação e eficácia institucional.

Os autores também introduzem uma distinção de valor teórico: os critérios internos e externos de avaliação constitucional. Os critérios internos partem da própria sociedade que vive sob o regime da constituição. Já os externos derivam de juízos normativos alheios ao contexto, geralmente formulados por acadêmicos, ONGs ou organismos multilaterais. Nenhum deles é absoluto. A crítica dos autores está justamente em mostrar que o sucesso constitucional só pode ser julgado a partir da tensão entre esses dois polos. Uma constituição admirada internacionalmente pode falhar em atender às aspirações de seu povo. E uma constituição impopular entre especialistas pode, paradoxalmente, funcionar bem em sua realidade. Essa ambivalência obriga à humildade analítica: constituições não são modelos ideais a serem replicados, mas arranjos institucionais a serem compreendidos em sua historicidade.

Além disso, Ginsburg e Huq insistem que uma constituição não é apenas o seu texto formal, mas a maneira como suas regras são implementadas, reinterpretadas e transformadas. Isso significa que uma constituição fracassada do ponto de vista textual pode ter desempenho satisfatório na prática. E o contrário também é verdadeiro: textos impecáveis em forma podem ser disfuncionais na vida política real. Desse modo, a constituição se aproxima da metáfora do organismo: o que importa não é apenas sua anatomia, mas sua fisiologia — sua capacidade de responder ao ambiente, de se proteger contra ameaças, de se renovar.

A constituição, embora peça técnica e jurídica, adquire em alguns contextos um status quasi-teológico. Sanford Levinson, em sua crítica contundente à cultura constitucional norte-americana, denuncia o que chama de “veneração acrítica” da constituição de 1787. Em *Our Undemocratic Constitution*, ele sustenta que o documento fundacional dos Estados Unidos deixou de ser um instrumento de organização política para se tornar objeto de adoração cívica. Essa sacralização bloqueia reformas urgentes, impede a crítica institucional e fortalece estruturas anacrônicas de poder. Para Levinson, o custo dessa veneração é altíssimo: a manutenção de desigualdades estruturais, como a super-representação de estados de baixa

população no Senado ou o sistema de Colégio Eleitoral, que permite a eleição de presidentes sem maioria popular.

Contra essa ortodoxia institucional, Levinson reivindica a possibilidade de uma nova convenção constitucional. Sua proposta não é revolucionária, mas restauradora: dar continuidade ao espírito de Jefferson, que via a constituição como contrato entre gerações e defendia sua revisão periódica. Uma constituição que não pode ser alterada quando falha em promover justiça, igualdade e representação é, para Levinson, menos um símbolo de estabilidade e mais um obstáculo à democracia. A estabilidade que perpetua a injustiça é, em sua análise, antitética ao ideal constitucional. Daí sua insistência na crítica às estruturas que bloqueiam reformas — especialmente o Artigo V da constituição americana, que torna o processo de emenda quase impossível.

O mesmo tom crítico pode ser encontrado nas reflexões de Philip Bobbitt, Jack Balkin e Suzanna Sherry, que abordam a questão da interpretação constitucional. Bobbitt, em particular, propõe a noção de “cânone constitucional”: um conjunto de textos e decisões que fundamentam e legitimam o modo como o direito constitucional é compreendido. Esses textos, entre eles a Constituição, os Federalist Papers e decisões da Suprema Corte, constituem a memória institucional do país. Sua tese é que a interpretação legítima do direito constitucional depende da fidelidade a esses marcos canônicos, que funcionam como direções autorizadas dentro do campo jurídico. A constituição, para Bobbitt, não é apenas texto, mas tradição interpretativa.

Já Sherry defende a existência do cânone como um instrumento de preservação da memória jurídica, contra as críticas pós-modernas que o acusam de ser excludente. Para ela, o cânone não é uma imposição arbitrária, mas um acúmulo histórico que deve ser respeitado, ainda que constantemente reexaminado. A educação jurídica, argumenta, depende de um conjunto comum de referências. Sem elas, perde-se a possibilidade de diálogo entre as gerações de juristas. O cânone é, assim, não uma prisão, mas uma linguagem compartilhada.

Essa tensão entre tradição e mudança está no centro do debate contemporâneo sobre constitucionalismo. O que está em jogo não é apenas a fidelidade ao texto, mas a capacidade de reinventar seus significados diante de novas realidades. A constituição, para esses autores, é simultaneamente norma, narrativa e memória. Ela organiza o poder, mas também funda identidades. Por isso, não pode ser tratada como uma escritura infalível, mas como uma promessa em aberto — uma arquitetura que se refaz no tempo, entre ruínas e reconstruções.

As quatro correntes teóricas aqui articuladas — de Jon Elster a Peter Häberle, de Tom Ginsburg e Aziz Z. Huq a Sanford Levinson, de Philip Bobbitt a Suzanna Sherry — desenham uma paisagem constitucional que oscila entre a razão normativa e a contingência histórica, entre a veneração simbólica e a funcionalidade pragmática. Nesse terreno em constante transformação, a constituição emerge não como um texto isolado, mas como um campo vivo de tensões: entre passado e futuro, entre estabilidade e reforma, entre autoridade e dissenso.

Jon Elster reivindica um modelo de justiça procedimental que reforce o caráter racional, imparcial e transparente dos processos constituintes. Sua ênfase na razão pública como fundamento normativo da legitimidade constitucional encontra eco em Peter Häberle, que amplia o escopo da legitimidade ao propor uma constituição cultural, aberta à pluralidade de intérpretes e à historicidade das sociedades. Em ambos, a constituição é uma promessa de justiça que se realiza pela abertura, pelo debate e pela inclusão — seja por meio da racionalidade deliberativa, seja pela densidade cultural da comunidade política.

Em contraste produtivo, Ginsburg, Huq, Elkins e Melton afastam-se dos fundamentos normativos universais para propor uma epistemologia do desempenho constitucional: o sucesso de uma constituição não é definido a priori, mas experimentado a posteriori, através de sua eficácia prática, capacidade de adaptação e consonância com os anseios de sua sociedade. Essa abordagem, profundamente empírica, denuncia o perigo das métricas externas e normativas que, ao impor modelos ideais, ignoram as dinâmicas internas e os horizontes locais das experiências constitucionais.

No extremo mais iconoclasta, Sanford Levinson desconstrói a religiosidade cívica que sacraliza constituições envelhecidas. Sua crítica à rigidez normativa, à desproporcionalidade da representação e à ausência de mecanismos ágeis de reforma institucional encontra respaldo na urgência de um novo constitucionalismo comprometido com a justiça do presente. Philip Bobbitt e Suzanna Sherry, por sua vez, assumem a complexidade da interpretação jurídica ao defenderem um cânone constitucional que, sem negar sua origem excludente, funciona como memória jurídica e linguagem compartilhada. A fidelidade ao cânone, em sua visão, não deve impedir a crítica, mas sim sustentá-la com consciência histórica e responsabilidade hermenêutica.

A constituição, portanto, não é apenas um espelho do momento fundacional nem um conjunto de fórmulas técnicas para organização do Estado. Ela é, como mostram esses autores, um campo de disputa política, uma gramática do poder, um roteiro ético, uma

memória viva e um horizonte em constante reconstrução. É ao mesmo tempo instrumento e símbolo, letra e cultura, instituição e imaginário. E justamente por isso, sua análise exige múltiplos registros: normativo, empírico, hermenêutico e crítico.

Entre ruínas e alicerces, entre permanência e reforma, entre a autoridade dos mortos e a liberdade dos vivos, a constituição se afirma como aquilo que precisa ser constantemente reescrito — não por capricho, mas por lealdade aos seus próprios princípios fundadores. Toda constituição carrega consigo a promessa de um mundo mais justo, mas essa promessa só se cumpre quando aceita ser confrontada, revisitada e reimaginada. O legado desses autores, ao nos apresentar essa pluralidade de olhares, é o de lembrar que não há democracia sem desconforto, nem justiça sem transformação.

Ainda que inscritos em campos teóricos diversos — do constitucionalismo normativo ao pragmatismo empírico, da hermenêutica cultural ao institucionalismo comparado —, os autores aqui analisados revelam, em suas inflexões mais profundas, uma surpreendente confluência de pressupostos éticos e epistemológicos. Elster, Häberle, Ginsburg, Huq, Levinson, Bobbitt, Sherry, Elkins e Melton, ainda que partam de premissas metodológicas distintas, compartilham o compromisso com uma concepção ampliada, dinâmica e crítica da constituição. A convergência que os une não se limita a conteúdos específicos, mas sim a um ethos comum: o repúdio ao dogmatismo jurídico, a valorização da mutabilidade institucional e o reconhecimento da constituição como artefato situado, tensionado entre o tempo e a vontade coletiva.

Um primeiro ponto de aproximação reside na crítica ao formalismo normativo e na valorização do processo. Para Elster, a racionalidade que deve presidir a criação constitucional não pode ser confundida com a imposição de valores substantivos a priori. Ao contrário, deve emergir de um processo procedimental transparente, deliberativo e livre de paixões políticas incontroladas. Essa valorização da forma — não como neutralidade, mas como condição ética de produção normativa — reaparece, com outra linguagem, na concepção de Ginsburg e Huq sobre avaliação constitucional. Quando propõem que o sucesso de uma constituição seja medido pelo desempenho e não pela fidelidade a modelos idealizados, os autores deslocam o foco da essência para a prática, da letra para a função, do conteúdo para o processo.

Essa virada procedural, embora ancorada em horizontes teóricos distintos — Elster herdeiro de Rousseau e do racionalismo ilustrado, Ginsburg influenciado pelo realismo institucional — converge na recusa de qualquer modelo constitucional fundado

exclusivamente em comandos substantivos. Ambos defendem que a legitimidade constitucional se constrói não apenas pelo que se decide, mas pelo modo como se decide. O que está em jogo é uma ética da construção jurídica que resiste tanto à tecnocracia quanto ao populismo. O valor está no procedimento que gera confiança, previsibilidade e adesão coletiva.

Essa ênfase processual encontra eco também na proposta de Häberle, para quem a constituição deve ser continuamente reinterpretada por uma pluralidade de sujeitos históricos, culturais e institucionais. A ideia de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” é uma radicalização hermenêutica da mesma premissa: nenhuma constituição é legítima se interpretada de forma monopolista ou unilateral. O pluralismo hermenêutico de Häberle encontra, assim, uma afinidade secreta com o proceduralismo de Elster e com o pragmatismo empírico de Ginsburg. Em todos os casos, o que se valoriza não é o conteúdo isolado das normas, mas a abertura dos mecanismos institucionais à deliberação, à mudança e ao dissenso.

Outro ponto de convergência decisivo é a rejeição da sacralização da constituição. Levinson é o mais explícito nesse ponto, ao denunciar a “idolatria constitucional” que bloqueia qualquer possibilidade de reforma. Para ele, o culto ao texto constitucional transforma um documento político em objeto litúrgico, impermeável à crítica e à atualização. Essa crítica radical não está ausente, ainda que em tom mais moderado, nas reflexões de Elkins, Ginsburg e Melton, ao discutirem o custo da rigidez constitucional. Em sua análise empírica, constituições que se tornam excessivamente difíceis de reformar tendem a descolar-se da realidade política e a fracassar em sua função de articulação institucional.

A valorização da mutabilidade aparece, assim, como um traço comum entre autores tão distintos. Elster fala da necessidade de flexibilidade institucional para correção de rumos; Häberle insiste na adaptabilidade hermenêutica da constituição à evolução cultural; Ginsburg e Huq fundamentam o sucesso constitucional em sua capacidade de responder a transformações sociais; Levinson propõe, com ênfase, a convocação de uma nova convenção constitucional como sinal de vitalidade democrática. Todos, à sua maneira, rechaçam a ideia de que a estabilidade constitucional deva ser obtida à custa da transformação histórica. O equilíbrio entre permanência e mutação aparece como chave da longevidade normativa.

Essa afinidade se reforça em torno da noção de que a constituição não é uma obra acabada, mas um campo em permanente construção. Bobbitt e Sherry, ao discutirem o cânone constitucional, reconhecem que as normas só adquirem sentido jurídico a partir da

história interpretativa que as acompanha. O valor de um texto constitucional, nessa perspectiva, não está apenas em seu conteúdo inicial, mas no modo como é lido, ensinado e disputado por gerações. A constituição é, para esses autores, um arquivo aberto: mais próximo da tradição viva que da pedra normativa. Assim, mesmo os defensores de um cânone — que à primeira vista pareceriam conservadores — compartilham com os críticos da rigidez constitucional a premissa de que a constituição só vive se puder ser reapropriada, reinterpretada e reformada.

Essa concepção cultural e narrativa da constituição converge, ainda que por vias distintas, com a visão de Häberle. Ambos reconhecem que a norma constitucional não sobrevive isolada de seus usos e significados políticos. A constituição vive na práxis e na memória: é sustentada tanto pela sua função organizadora quanto pelo imaginário que mobiliza. Daí a importância, reconhecida por todos, de processos de interpretação abertos, plurais e responsivos ao contexto. A constituição, nesses termos, torna-se não apenas instrumento jurídico, mas fundamento narrativo da identidade política.

Além dessas afinidades normativas, é possível identificar uma convergência metodológica significativa: o deslocamento da análise constitucional para além do direito estrito. Todos os autores aqui analisados rompem, de algum modo, com o positivismo jurídico que reduz a constituição ao texto e às suas regras formais. Elster mobiliza a teoria da decisão racional e a filosofia política; Häberle insere a constituição no campo da cultura e da sociologia da linguagem; Ginsburg e Huq baseiam-se na ciência política comparada e nos métodos empíricos; Levinson combina crítica institucional com teoria democrática; Bobbitt, Balkin e Sherry operam com categorias da teoria da interpretação e da história das ideias. A constituição, para todos eles, é interseção — entre normas e cultura, entre direito e política, entre história e projeto.

Essa abertura disciplinar reflete uma compreensão compartilhada da complexidade do fenômeno constitucional. A constituição não é um artefato isolável, mas um sistema simbólico enraizado em práticas sociais, em disputas históricas e em dinâmicas institucionais. Essa concepção multifacetada justifica a necessidade de abordagens teóricas integradoras e sensíveis ao tempo histórico. A constituição não é apenas uma moldura jurídica, mas uma tecnologia política que organiza afetos, media conflitos e projeta futuros. Todos os autores, ainda que por diferentes caminhos, assumem essa complexidade e recusam sua simplificação técnica.

Finalmente, uma última convergência pode ser identificada na valorização do dissenso como elemento constitutivo da legitimidade constitucional. Para Elster, o dissenso moderado pela razão é a própria base da deliberação legítima. Para Häberle, a constituição é arena de múltiplas leituras, e sua vitalidade depende da convivência desses conflitos interpretativos. Ginsburg e Huq mostram que as constituições que sobrevivem são aquelas que conseguem institucionalizar o dissenso sem se fragmentar. Levinson é ainda mais radical: o dissenso, para ele, é sinal de vida democrática, e o bloqueio ao dissenso é o verdadeiro risco institucional. Bobbitt e Sherry, mesmo ao defenderem um cânone interpretativo, admitem que esse cânone deve ser permanentemente revisitado, reequilibrado e debatido. A convergência, aqui, é mais profunda do que parece: todos defendem, com diferentes vocabulários, que uma constituição viva é uma constituição em debate — e que sua legitimidade nasce, em parte, de sua abertura ao conflito normativo e político.

A afinidade secreta entre essas quatro abordagens — Elster-Häberle, Ginsburg-Huq-Elkins-Melton, Levinson e o grupo do cânone — não reside, portanto, na coincidência de conclusões, mas na partilha de uma ética da incerteza e da abertura. São autores que recusam o fechamento doutrinário, a normatividade inquestionada, o modelo único de constitucionalismo. São autores que reconhecem a constituição como processo, cultura, desempenho, história, linguagem e poder. A convergência está no pluralismo de suas abordagens, na recusa da sacralização, na defesa da crítica, na aposta na plasticidade institucional. Ao fazerem da constituição um espaço habitável por muitos — e por muitos tempos —, esses autores restituem-lhe sua natureza política mais profunda: ser sempre um lugar por vir.

Se há convergências metodológicas e normativas entre os autores aqui analisados, há também dissonâncias estruturais que não podem ser obscurecidas. As teorias de Jon Elster, Peter Häberle, Tom Ginsburg, Aziz Huq, Zachary Elkins, James Melton, Sanford Levinson, Philip Bobbitt e Suzanna Sherry partem de pressupostos diferentes quanto ao papel da constituição, à origem de sua legitimidade e à forma de sua reforma. E é precisamente nessas fraturas — teóricas, axiológicas e políticas — que reside a riqueza do confronto intelectual. As divergências não são meras variações de linguagem, mas expressões de projetos distintos de constitucionalismo. A constituição, nesse debate, é ora instrumento técnico, ora símbolo cultural, ora campo de conflito institucional, ora fetiche político a ser desmantelado.

O primeiro grande eixo de dissenso se estabelece entre a racionalidade normativa defendida por Jon Elster e a crítica empírica de Tom Ginsburg e Aziz Huq. Para Elster, o processo constituinte ideal é regido por uma razão pública desinteressada, que opera a partir de princípios de imparcialidade, publicidade e deliberação racional. Essa concepção normativa implica um ideal universal de justiça processual. Ginsburg e Huq, por outro lado, rejeitam qualquer expectativa de pureza racional no processo constituinte ou na avaliação do desempenho constitucional. Para eles, o que importa é se a constituição, na prática, produz resultados funcionais e duradouros em contextos específicos. A racionalidade do constitucionalismo é, aqui, essencialmente contextual: o bom desenho institucional não nasce de princípios abstratos, mas da articulação bem-sucedida entre regras e realidade social. Enquanto Elster se ancora na tradição da razão prática, Ginsburg e Huq posicionam-se no campo do realismo institucional. A fratura entre os dois está no lugar da norma: para Elster, ela antecede o processo e o guia; para Ginsburg, ela é uma hipótese a ser testada.

Essa oposição reaparece em outra chave na relação entre Häberle e Sanford Levinson. Para Häberle, a constituição é um instrumento de continuidade cultural, um repositório de valores que deve ser reinterpretado de forma pluralista, mas sem romper com sua tradição. Sua aposta está no hermeneuta constitucional, que reinventa o sentido da norma dentro de uma lógica de permanência simbólica. Levinson, em contraste, é um desconstrutor da tradição. Para ele, a constituição norte-americana deixou de ser um instrumento de governabilidade e se tornou uma armadilha institucional. Enquanto Häberle celebra a constituição como campo simbólico de identidade nacional, Levinson a denuncia como ficção legitimadora de desigualdades políticas inaceitáveis. Onde Häberle vê uma “cultura constitucional”, Levinson enxerga uma “ortodoxia tóxica”.

Essa divergência se manifesta também na compreensão do papel das emendas constitucionais. Häberle defende que o espírito da constituição pode ser mantido mesmo em face de mudanças profundas, desde que o núcleo simbólico e a cultura jurídica permaneçam. Levinson, ao contrário, acusa o sistema constitucional norte-americano de ser estruturalmente incapaz de se reformar, com barreiras formais que tornam quase impossível corrigir seus vícios de origem. O artigo V da constituição dos EUA, segundo Levinson, cristaliza uma oligarquia institucional. A ideia de reforma incremental, que para Häberle preserva o ethos constitucional, é para Levinson sinônimo de inércia disfarçada de prudência.

Outro ponto de atrito notável emerge da tensão entre Bobbitt e os demais autores quanto à interpretação. Para Bobbitt, a interpretação constitucional legítima está

vinculada a um cânone: um conjunto de textos fundadores que estabelecem os parâmetros de sentido. Esse cânone, embora revisável, funciona como gramática do constitucionalismo norte-americano. Em sua visão, a autoridade constitucional não reside apenas no texto escrito, mas na continuidade interpretativa que liga as práticas jurídicas atuais às fundações históricas da república. Essa abordagem o distancia radicalmente de autores como Levinson ou Ginsburg, para os quais a constituição deve ser julgada pela sua capacidade de se adaptar e não pela sua filiação a uma tradição textual. Levinson, por exemplo, rejeita a própria ideia de cânone como instrumento de manutenção de privilégios. O que para Bobbitt é memória jurídica, para Levinson é amnésia crítica.

A divergência se aprofunda ao tratar da função do intérprete constitucional. Para Bobbitt e Sherry, o jurista é um guardião do cânone, alguém que atua dentro dos limites do texto e das práticas interpretativas consolidadas. Já Häberle propõe uma democratização radical da hermenêutica constitucional: todos são intérpretes legítimos, desde que inseridos na cultura constitucional. Ginsburg e Huq, por sua vez, deslocam a autoridade da interpretação para os efeitos. Para eles, pouco importa quem interpreta, se o resultado não for funcional. A legitimidade hermenêutica, nesse caso, não está no cânone nem na tradição cultural, mas na responsividade das normas às exigências da vida política.

As divergências atingem também o conceito de sucesso constitucional. Para Elster, uma constituição é bem-sucedida quando nasce de um processo deliberativo racional, com exclusão de paixões e interesses particulares. Para Ginsburg, esse tipo de pureza é inatingível e, talvez, indesejável. O sucesso de uma constituição está em sua resiliência, sua capacidade de adaptação e sua eficácia ao longo do tempo. Para Levinson, nenhuma constituição que bloqueia sua própria reforma pode ser considerada bem-sucedida, mesmo que produza estabilidade. Já Häberle consideraria que uma constituição que mantém seu valor cultural, mesmo sem reformas frequentes, pode continuar sendo legítima e eficaz. Há, portanto, uma tensão entre estabilidade e transformação, entre permanência e reforma, que atravessa toda a teoria constitucional contemporânea.

Mesmo entre os autores que defendem a reforma constitucional, há divergências quanto aos meios e aos fins. Levinson propõe uma nova convenção constitucional, rompendo com o legado da fundação. Ginsburg e Huq preferem reformas parciais, testadas empiricamente e ajustadas aos contextos locais. Bobbitt admite mudanças, mas sempre dentro do cânone. Elster, mais próximo do ideal deliberativo, espera que as reformas resultem de consensos racionais e transparentes. Häberle aceita mutações

interpretativas, mas exige continuidade simbólica. Nenhum deles nega a possibilidade da mudança, mas todos discordam sobre como, por que e por quem ela deve ser realizada.

Essa pluralidade, longe de ser um problema, revela o verdadeiro desafio da teoria constitucional: pensar a constituição como campo de tensões que não se resolvem, mas se reorganizam historicamente. A constituição não é o ponto final do conflito político, mas o lugar onde ele se articula de forma institucionalizada. Os autores aqui discutidos reconhecem esse caráter agonístico da constituição, mas propõem formas distintas de lidar com ele: Elster com racionalidade procedimental, Häberle com cultura hermenêutica, Ginsburg com análise empírica, Levinson com crítica radical, Bobbitt com tradição interpretativa.

No fundo, o que separa esses autores é a maneira como cada um concebe a relação entre constituição e tempo. Para alguns, como Bobbitt e Häberle, o tempo é uma linha de continuidade interpretativa. Para outros, como Ginsburg e Huq, é uma variável empírica que deve ser gerida com sensibilidade institucional. Para Levinson, é um peso que precisa ser superado. Para Elster, é uma ameaça à razão pública. A constituição, assim, se transforma em espelho do tempo: sua forma, seus intérpretes e seus mecanismos de reforma dependem da temporalidade que se escolhe habitar — se o passado como memória, o presente como problema ou o futuro como horizonte.

A constituição, nas múltiplas abordagens analisadas, deixa de ser uma superfície normativa para se afirmar como espaço de disputa ontológica e política. Ela não é apenas uma moldura jurídica, mas um campo de tensões que atravessa a história, a identidade, a legitimidade e o poder. O ponto comum entre os autores — mesmo os mais divergentes — é a recusa da constituição como dado natural e a afirmação de sua historicidade. Não existe constituição neutra, universal ou eterna. Toda constituição é produto de uma conjuntura, de uma cultura, de um conflito. E toda constituição que se pretende viva deve saber enfrentar suas origens, seus limites e seus fantasmas.

Se Jon Elster propõe um modelo ideal de deliberação racional, Peter Häberle insiste na constituição como cultura plural. Se Tom Ginsburg e Aziz Huq sugerem critérios empíricos de avaliação funcional, Sanford Levinson aponta as amarras que impedem a reforma democrática. Se Philip Bobbitt defende o valor do cânone, Suzanna Sherry propõe sua ampliação crítica. E se Zachary Elkins e James Melton pensam a longevidade como virtude, outros mostram que a estabilidade pode ser também paralisia.

Essas vozes, em sua diversidade, nos ensinam que não há teoria constitucional sem política, nem reforma constitucional sem coragem. A constituição não é um texto a ser

venerado, mas uma promessa a ser revista — sempre, se necessário. Seu sucesso não está em sua permanência inalterada, mas em sua capacidade de permanecer justa. É isso que todos, apesar de suas discordâncias, parecem afirmar: que o verdadeiro constitucionalismo começa quando nos autorizamos a perguntar, com radicalidade e rigor, se ainda estamos vivendo sob a constituição que desejamos.

2. AS ENGRENAGENS DA PROMESSA: FORMA, FUNÇÃO E CRÍTICA DO CONSTITUCIONALISMO EM MOVIMENTO

A constituição, no imaginário político-jurídico moderno, opera como um artefato paradoxal: simultaneamente moldura e motor, estabilidade e mutação, origem e obstáculo. Essa duplicidade não é um acidente de construção, mas o traço distintivo de um dispositivo que se pretende fundante e, ao mesmo tempo, perpetuador de uma ordem. Desde as reflexões fundacionais do Iluminismo político até os debates contemporâneos em torno da reforma institucional, a constituição carrega o fardo de responder a três exigências contraditórias: garantir legitimidade, assegurar governabilidade e permitir transformação. Nenhum dos autores analisados no capítulo anterior nega esse triplo imperativo; no entanto, cada um o decifra por caminhos distintos. Esta nova etapa da investigação desloca-se do plano da arquitetura teórica para as engrenagens concretas de funcionamento — aquelas que ligam a letra constitucional à prática política e institucional, e que frequentemente escapam ao olhar normativo ou empírico tradicional.

É nesse ponto que se evidencia a importância de um conceito-chave nas obras de Ginsburg, Huq, Elkins e Melton: o desempenho constitucional como critério crítico de avaliação. A proposta, ainda que enraizada em uma tradição metodológica empírica, desestabiliza de maneira profunda a centralidade da validade normativa como eixo absoluto da análise. Ao destacar que constituições podem ser formalmente democráticas e funcionalmente autoritárias — ou, inversamente, normativamente frágeis e empiricamente resilientes — os autores colocam em xeque a equação entre forma constitucional e qualidade democrática. A constituição, nesse prisma, deve ser avaliada não pela pureza de seus princípios, mas pelos efeitos que produz: estabilidade institucional, controle do poder, capacidade de adaptação e inclusão de múltiplas vozes. Isso implica não apenas uma mudança de métrica, mas uma inflexão epistemológica no estudo constitucional: o objeto de análise deixa de ser o texto e se desloca para a práxis.

Esse deslocamento adquire contornos ainda mais complexos quando confrontado com a crítica severa de Sanford Levinson ao texto constitucional dos Estados Unidos. Ao contrário de Ginsburg, que aposta na adaptabilidade de constituições longas mediante emendas incrementais, Levinson afirma que a constituição americana se transformou em um mecanismo de perpetuação de desigualdades estruturais, encapsuladas em cláusulas de difícil reforma. A crítica não é apenas jurídica, mas estrutural: trata-se de denunciar a fetichização de um texto que bloqueia mudanças substantivas ao blindar os privilégios da representação desproporcional, da permanência de instituições arcaicas como o colégio eleitoral e da ausência de controle efetivo sobre os vetores de concentração de poder. Para Levinson, a constituição se transformou numa espécie de máquina da inércia institucional, cujo culto cívico impede que se reescrevam as regras do jogo. Em sua perspectiva, a constituição não é mais uma promessa de justiça, mas um monumento à paralisia política.

Tal diagnóstico é radicalmente divergente da concepção oferecida por Peter Häberle, que visualiza na constituição um campo de produção simbólica e cultural. Ao propor a ideia de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, Häberle desloca o foco da letra para a comunidade interpretativa, alargando o leque dos sujeitos legitimados a participar do processo hermenêutico. Nessa abertura, a constituição se torna menos um contrato fixo entre elites políticas e mais uma paisagem compartilhada de sentido em constante reelaboração. A crítica de Levinson, voltada à rigidez textual, é aqui diluída pela ênfase em uma hermenêutica viva, que permite que mesmo constituições antigas mantenham vitalidade política, desde que os intérpretes sejam pluralizados e o processo de reinterpretação seja dinâmico. Há, portanto, uma dissonância profunda entre o modelo desconstrutivo de Levinson e o modelo hermenêutico-cultural de Häberle: enquanto um pede a ruptura da moldura, o outro propõe a ampliação do espelho.

Essa tensão entre reforma e permanência, desconstrução e reinterpretação, revela-se também no debate em torno dos cânones constitucionais. A coletânea organizada por Balkin e Levinson oferece uma perspectiva singular: a de que os cânones jurídicos, ainda que formados em contextos excludentes, são indispensáveis para a manutenção da coerência interpretativa no tempo. Para Bobbitt e Sherry, o cânone não é uma prisão do pensamento, mas uma memória coletiva institucionalizada, sem a qual o constitucionalismo perde sua força vinculante. Essa posição caminha em sentido contrário à crítica de Levinson, que enxerga no apego ao cânone uma forma de impedir a abertura a novas formas de justiça. A divergência

aqui é epistemológica: de um lado, uma concepção da constituição como narrativa contínua, mesmo que imperfeita; de outro, uma denúncia da constituição como sistema fechado que precisa ser desmantelado para que novas narrativas sejam possíveis.

O ponto de convergência possível entre essas abordagens está na valorização do tempo — mas em sentidos radicalmente distintos. Para Bobbitt, o tempo é continuidade, legado, tradição. Para Levinson, é urgência, ruptura, transformação. Para Ginsburg, é adaptação gradual. Para Häberle, é sedimentação cultural. A constituição, portanto, está sempre atravessada por temporalidades divergentes: o tempo da memória, o tempo da prática e o tempo do conflito. Reconhecer essa multiplicidade de ritmos é essencial para compreender por que constituições fracassam ou sobrevivem, se tornam opacas ou transparentes, reproduzem privilégios ou constroem novos pactos de justiça.

É nesse terreno movediço que a noção de desempenho constitucional se torna particularmente fecunda. Ao invés de medir o valor de uma constituição apenas por sua origem (como Elster sugere) ou por sua textualidade (como Bobbitt propõe), Ginsburg e seus coautores preferem observar como as constituições operam em ambientes políticos complexos. Eles se perguntam, por exemplo, se uma constituição consegue equilibrar o poder executivo, legislativo e judiciário; se é capaz de assegurar direitos fundamentais mesmo em contextos de instabilidade; se permite a entrada de novos atores no jogo político; se pode ser emendada com flexibilidade, mas sem abrir mão de sua coerência. Trata-se, portanto, de pensar a constituição como mecanismo adaptativo, em constante negociação com o real — uma máquina institucional que deve responder a múltiplos vetores de demanda, pressão e resistência.

Tal abordagem coloca em questão o valor das emendas constitucionais como índice de saúde institucional. Para alguns, como Levinson, a dificuldade de emendar o texto constitucional é prova de sua falência democrática. Para outros, como Ginsburg e Melton, constituições que são emendadas frequentemente demonstram resiliência e plasticidade. A diferença, mais uma vez, está na ênfase: enquanto Levinson vê rigidez como sintoma de bloqueio, Ginsburg a interpreta com mais ambiguidade — dependendo de sua função no sistema político. Isso revela uma tensão essencial entre forma e função no constitucionalismo contemporâneo: uma constituição pode ser formalmente elegante e, ainda assim, socialmente disfuncional; pode ser textual e normativamente avançada, e, mesmo assim, ineficaz na proteção de direitos. O diagnóstico, portanto, exige uma leitura que articule sem confundir texto e contexto, norma e prática, símbolo e política.

A crítica de Elster à influência das paixões no processo constituinte também se revela, aqui, sob nova luz. Enquanto ele defende que constituições legítimas devem ser elaboradas sob condições de imparcialidade e racionalidade, Ginsburg e Huq observam que muitos dos textos constitucionais que duram foram produzidos em contextos de transição, ruptura ou mesmo violência política. A tensão entre ideal e real se apresenta, então, como um desafio metodológico incontornável: a teoria constitucional deve descrever o que é ou prescrever o que deveria ser? Essa pergunta, longe de ser meramente filosófica, impacta diretamente as escolhas institucionais. Constituições que partem de ideais muito elevados e ignoram as realidades locais tendem a falhar. Por outro lado, constituições que se moldam excessivamente ao presente correm o risco de sacrificar a normatividade em nome da viabilidade política imediata.

A força dessas análises reside na sua disposição de encarar a constituição não como um objeto neutro ou técnico, mas como um dispositivo ideológico, profundamente imbricado com relações de poder, exclusão e memória. A constituição, nesses termos, é tanto uma promessa quanto uma estrutura: ela promete justiça, mas estrutura desigualdades; promete participação, mas organiza silêncios. O papel do constitucionalista, diante dessa ambivalência, não é apenas interpretar normas, mas desvelar os dispositivos de poder que operam sob a forma da neutralidade. Esse é o gesto que Levinson realiza com sua crítica ao Senado, ao colégio eleitoral e ao bloqueio das reformas. Mas é também o gesto que Ginsburg opera ao demonstrar empiricamente como certas constituições, mesmo democráticas em aparência, permitem práticas autoritárias em seu interior.

Essas diferentes perspectivas não se anulam — ao contrário, se potencializam quando lidas em tensão. O constitucionalismo, afinal, não é um projeto unívoco. É um campo de disputas sobre quem decide, como decide, e com que autoridade. É um esforço de domesticar o poder pelo direito, sem jamais esquecer que o próprio direito é também uma forma de poder. Essa consciência crítica, que atravessa os autores aqui analisados, é o que permite afirmar que toda constituição é, antes de tudo, uma proposta — de ordem, de justiça, de memória, de futuro. E que essa proposta, para permanecer legítima, precisa ser constantemente interrogada, reinterpretada e, se necessário, refundada.

A ideia de que o sucesso de uma constituição deve ser medido pela sua capacidade de desempenho, e não apenas pela aderência a padrões normativos abstratos, inaugura uma reconfiguração radical dos parâmetros tradicionais da teoria constitucional. Ginsburg e Huq apontam que, ao invés de uma métrica universal de sucesso, o

constitucionalismo deve ser compreendido como um sistema funcionalmente complexo, cujo êxito ou fracasso depende da interação de variáveis políticas, institucionais, culturais e históricas. Esta proposta não representa uma renúncia aos ideais normativos, mas uma advertência contra seu uso cego e descontextualizado. A constituição deve ser capaz de responder à sua sociedade, e essa responsividade não é captada apenas por sua letra, mas por sua operação prática: como ela limita o poder, como ela distribui a autoridade, como ela regula os conflitos. Ao deslocar a análise para o plano do funcionamento, os autores nos obrigam a reconsiderar o papel da constituição não como um documento estático, mas como um dispositivo adaptativo, cuja validade se mede pela performance institucional que engendra.

Esse enfoque empírico, porém, não está isento de desafios metodológicos. Ginsburg e seus coautores reconhecem que os critérios de desempenho constitucional são múltiplos e, por vezes, mutuamente tensionados. Uma constituição pode ser eficaz na manutenção da estabilidade política, mas falhar na promoção da inclusão social. Pode gerar crescimento econômico, mas restringir liberdades civis. Pode facilitar a alternância no poder, mas perpetuar desigualdades estruturais. O desempenho, portanto, não é um dado absoluto, mas um campo de disputa interpretativa. Os autores sugerem que a única maneira de lidar com essa complexidade é reconhecer a pluralidade dos fins constitucionais e articular instrumentos analíticos que consigam medir diferentes tipos de eficácia: durabilidade, capacidade de adaptação, responsividade democrática, proteção de direitos, controle do poder. Essa abordagem, que alia rigor empírico à sensibilidade política, representa um avanço considerável na literatura constitucional contemporânea.

Entretanto, a crítica de Levinson evidencia os limites dessa proposta quando confrontada com realidades marcadas pela paralisia institucional. Para Levinson, a constituição americana, longe de ser um exemplo de performance eficaz, tornou-se um empecilho à justiça contemporânea. A rigidez das cláusulas de reforma, a sobre-representação de estados pouco populosos no Senado, o colégio eleitoral que distorce a vontade majoritária, tudo isso constitui, segundo ele, um aparato que impede que a democracia se renove. O culto à Constituição — tratado como fé cívica — transforma o texto em ídolo, e não em ferramenta. Nesse sentido, Levinson não está apenas propondo uma reforma pontual, mas uma ruptura epistemológica: deixar de ver a constituição como sagrada e recomeçar a tratá-la como contingente, revisável e politicamente discutível. Sua proposta de uma nova convenção

constitucional é, ao mesmo tempo, um ato de denúncia e de esperança — esperança de que um novo pacto possa ser construído sem as amarras de 1787.

Esse gesto radical é incompreensível sem uma concepção mais profunda do tempo político. Se Ginsburg e Huq pensam o tempo em termos de desempenho ao longo de ciclos institucionais, Levinson pensa o tempo como interrupção. Para ele, há momentos na história em que o contínuo institucional precisa ser cortado, como quem rompe um ciclo de opressão. A constituição americana, segundo esse diagnóstico, bloqueia não apenas a mudança política, mas a própria imaginação democrática. A proibição de reformas profundas é, assim, uma forma de silenciar o futuro. Nesse sentido, o autor se aproxima mais de uma tradição revolucionária do que de uma tradição evolucionária: é preciso recomeçar, refundar, romper. A democracia, nesse horizonte, não é preservação, mas criação constante. E o que bloqueia essa criação deve ser retirado do caminho, mesmo que isso signifique romper com séculos de tradição jurídica.

Enquanto isso, a leitura hermenêutica de Häberle parece oferecer um caminho alternativo entre a ruptura de Levinson e o pragmatismo empírico de Ginsburg. Ao propor que a constituição seja interpretada por uma “sociedade aberta de intérpretes”, Häberle desloca o poder constitucional do texto para o discurso. A legitimidade constitucional não está apenas na origem fundacional nem no desempenho funcional, mas na capacidade de acolher múltiplas vozes interpretativas: o povo, a academia, os movimentos sociais, a jurisprudência, os meios de comunicação. A constituição se torna, assim, uma prática comunicativa, em que o sentido é sempre negociado e nunca fixado. Essa proposta tem o mérito de manter a constituição viva, sem exigir sua destruição. Ela opera com a lógica da inclusão hermenêutica, em vez da ruptura revolucionária. Contudo, ela também exige instituições abertas ao diálogo, intérpretes dispostos ao pluralismo e estruturas dispostas a ouvir. Em contextos de fechamento político, como o descrito por Levinson, essa abertura pode parecer idealista ou insuficiente.

Em outra direção, os debates apresentados por Balkin e Levinson, ao tratarem dos cânones constitucionais, revelam uma tensão fundamental entre tradição e justiça. Se, por um lado, os cânones representam um núcleo estável de sentido jurídico, necessário para evitar a arbitrariedade interpretativa, por outro, eles também cristalizam estruturas de exclusão. A presença recorrente de juristas brancos, homens, formados em elite acadêmica nos cânones constitucionais americanos, por exemplo, denuncia uma profunda desigualdade na formação da autoridade hermenêutica. Nesse sentido, manter o cânone pode ser visto como uma forma

de exclusão epistêmica. A proposta de Balkin, de abrir o cânone, e de Bobbitt, de contextualizá-lo como narrativa histórica, busca contornar esse problema. Mas a crítica de Levinson permanece: há um ponto em que a tradição se torna impedimento para a justiça, e o que era memória compartilhada se transforma em ortodoxia paralisante.

A articulação entre esses autores evidencia que a constituição não é apenas norma jurídica, mas espaço simbólico em que se decide quem pode falar, quem pode interpretar, quem pode reformar. Essa dimensão simbólica é central para entender tanto o bloqueio quanto a vitalidade do constitucionalismo. Constituições morrem, dizem Ginsburg, Elkins e Melton, quando deixam de representar um horizonte comum. E sobrevivem, mesmo em contextos adversos, quando conseguem se manter como gramática política compartilhada. Esse compartilhamento, no entanto, não é espontâneo: ele exige trabalho hermenêutico, abertura institucional e reconhecimento mútuo. A sociedade constitucional é, nesse sentido, uma sociedade que conversa com seu texto — e que, às vezes, precisa reescrevê-lo para continuar falando.

Essa necessidade de reescrita também se conecta com a ideia de performance simbólica. Como argumenta Ginsburg, o valor de uma constituição não está apenas em sua operacionalidade técnica, mas em sua capacidade de gerar legitimidade, coesão e pertencimento. Constituições são rituais tanto quanto regras. Elas estabelecem narrativas de origem, definem comunidades políticas, produzem sentimentos de identidade. Por isso, a performance constitucional não pode ser reduzida a indicadores jurídicos ou políticos: ela envolve também a forma como a constituição é ensinada nas escolas, evocada nos discursos, celebrada nas cerimônias cívicas. A constituição é também um artefato cultural, e sua eficácia depende da forma como ressoa com os afetos e expectativas da sociedade.

A comparação entre as propostas de Elster e Ginsburg ajuda a esclarecer esse ponto. Elster exige um momento constituinte racional, guiado pela imparcialidade e pelo debate público. Ginsburg, ao contrário, reconhece que muitas constituições bem-sucedidas surgem em momentos de transição conflituosa, onde a racionalidade procedimental está ausente. Esse contraste revela duas ontologias distintas da constituição: uma como produto de deliberação ideal, outra como instrumento adaptativo. A primeira busca legitimidade na origem; a segunda, na performance. Ambas têm seus méritos e limites. Mas o ponto crucial é reconhecer que o constitucionalismo contemporâneo precisa lidar com contextos em que nem sempre é possível escolher entre uma fundação pura e uma adaptação pragmática. É nesse entre-lugar que a teoria constitucional deve se posicionar.

Ao fim desta segunda parte, torna-se evidente que pensar a constituição como engrenagem é recusar sua sacralização. A constituição não é um ícone, mas um instrumento. E como todo instrumento, precisa ser calibrado, avaliado, corrigido ou mesmo substituído. Os autores aqui reunidos — mesmo com suas diferenças — convergem em um ponto fundamental: não há democracia sem crítica ao constitucionalismo. A constituição, para permanecer fiel à sua promessa de justiça, precisa estar permanentemente exposta ao escrutínio público, à reinterpretação hermenêutica e, se necessário, à refundação política. Não se trata de destruir o constitucionalismo, mas de salvá-lo de sua própria rigidez.

A justaposição entre os modelos constitucionais centrados na performance e aqueles orientados pela cultura interpretativa revela que a promessa constitucional se sustenta mais pela tensão do que pela resolução. Ginsburg e Huq não postulam um abandono da normatividade constitucional, mas propõem a substituição de dogmas por indicadores. Sua proposta não renega princípios; ela exige que tais princípios se provem na arena empírica, onde sobrevivem ou se transformam conforme sua utilidade em produzir estabilidade, inclusão e responsabilidade. Essa postura implica um reposicionamento ético do constitucionalismo: não basta que a constituição seja boa em tese — ela precisa funcionar em prática. Trata-se de uma concepção antifundacionista que, sem negar os valores, subordina-os a sua capacidade de gerar efeitos reais e progressivos. Essa abordagem, pragmática e contingente, não encerra o debate constitucional; pelo contrário, abre-o para que possa ser refeito constantemente à luz das consequências.

A convergência entre a abertura hermenêutica de Häberle e a sensibilidade performática de Ginsburg está em sua crítica comum à ortodoxia constitucional. Ambos rejeitam a ideia de que há um núcleo imutável e sacrossanto de significados constitucionais que devem ser conservados a qualquer custo. Para Häberle, essa rejeição decorre da própria estrutura linguística da constituição como texto plural e cultural. Para Ginsburg, a mesma rejeição nasce da observação empírica de que constituições rígidas demais são, muitas vezes, menos eficazes ou menos duráveis. O ponto de intersecção está na recusa da sacralização e na valorização da vitalidade — seja pela reinterpretação constante, seja pela adaptação institucional. A constituição, nesse paradigma, não é um testamento, mas um processo. Não é uma herança intocável, mas uma plataforma de negociação constante entre as forças sociais, políticas e jurídicas.

Ao lado dessa leitura aberta, Philip Bobbitt, embora menos explicitamente pragmático, também oferece uma via de intersecção ao propor uma teoria das modalidades

constitucionais. Seu modelo compreende que as constituições operam simultaneamente por diversas lógicas: histórica, textual, doutrinária, estrutural, ética e prudencial. Em vez de buscar uma pureza metodológica, Bobbitt reconhece a multiplicidade dos modos de argumentação constitucional, o que lhe aproxima, ainda que de forma mais formalista, da noção de pluralismo hermenêutico. Tal estrutura teórica, quando lida em conjunto com as propostas de Häberle, permite visualizar uma constituição não como um monolito, mas como um poliedro interpretativo — cada face iluminada por uma racionalidade distinta, mas em diálogo com as demais. A constituição, nessa visão, se sustenta não pela consistência de um único princípio, mas pela convivência tensa de múltiplos vetores de legitimidade.

Essa convivência, no entanto, nem sempre é harmoniosa. O ponto de inflexão aparece quando se confronta essa pluralidade com a crítica de Levinson à rigidez institucional. Se para Bobbitt o problema reside na limitação das modalidades interpretativas ou em seu uso desonesto, para Levinson a raiz da crise constitucional é estrutural, material e política. Ele denuncia que o arranjo constitucional norte-americano perpetua desequilíbrios de representação e bloqueia reformas urgentes, criando um sistema em que a obsolescência é mantida como virtude. Sua crítica atinge em cheio qualquer teoria que postule uma estabilidade valorativa da constituição, argumentando que, em muitos casos, essa estabilidade é sinônimo de injustiça consolidada. Sua proposta de uma nova convenção não é apenas um gesto simbólico; é uma recusa em continuar habitando uma estrutura institucional que já não serve aos interesses democráticos da contemporaneidade.

É justamente nesse embate que surge um ponto de convergência inesperado: a constituição, para todos esses autores, é ao mesmo tempo um produto histórico e uma arena de disputa. Mesmo os que apostam na funcionalidade e na durabilidade (como Ginsburg e Elkins) reconhecem que a constituição não sobrevive pela inércia, mas pela negociação constante entre forças sociais e políticas. Mesmo os que defendem o cânone (como Balkin e Sherry) admitem que esse cânone precisa ser reconfigurado à luz de novos sujeitos e novas experiências. E mesmo os que pedem uma ruptura (como Levinson) estão, em última instância, reafirmando o papel central da constituição na ordenação da vida política. A divergência não é sobre a importância da constituição, mas sobre a forma como ela deve ser interpretada, reformada ou, em casos extremos, substituída. Esse ponto em comum — a recusa da passividade — é o verdadeiro coração da promessa constitucional contemporânea.

Outra afinidade que emerge é a consciência de que o constitucionalismo não é neutro. As constituições operam em contextos de poder, e qualquer tentativa de análise que

ignore essa dimensão está fadada à superficialidade. Ginsburg reconhece que os textos constitucionais refletem, em parte, os interesses das coalizões políticas dominantes. Häberle insiste que toda constituição carrega uma carga cultural que deve ser analisada criticamente. Levinson acusa frontalmente a estrutura constitucional americana de ser oligárquica. Bobbitt e Balkin, ao abordarem o cânone, estão cientes de que a seleção dos intérpretes canônicos também é uma forma de poder simbólico. Portanto, ainda que divergam quanto à metodologia e à solução, todos partem de uma compreensão comum: a constituição é um produto político, situado historicamente, atravessado por disputas sociais, e, portanto, um campo legítimo de contestação democrática.

Esse campo é também marcado por temporalidades conflitantes. A temporalidade de Elster é normativa: ele busca fundar a constituição em um instante de racionalidade procedimental. A temporalidade de Ginsburg é adaptativa: ele observa o desempenho ao longo do tempo e propõe ajustes. A de Levinson é disruptiva: ele defende um corte com o passado em nome de uma justiça por vir. A de Häberle é hermenêutica: ele aposta na abertura gradual do texto por meio da pluralização dos intérpretes. Essas temporalidades não se excluem mutuamente; elas são camadas sobrepostas de um mesmo fenômeno. A constituição é feita de instantes fundacionais, mas também de reformas lentas, de rupturas episódicas e de leituras contínuas. Compreender esse entrelaçamento de tempos é fundamental para que a teoria constitucional não caia nem no dogmatismo ahistórico, nem no ceticismo funcionalista.

Por fim, todas essas abordagens compartilham um pressuposto ético: a constituição deve servir à justiça. Ainda que discordem sobre o que seja justiça — se procedimental, substantiva, adaptativa ou disruptiva —, os autores rejeitam a ideia de que a constituição possa ser uma estrutura indiferente aos seus efeitos sociais. Essa exigência ética está presente na crítica de Levinson ao Senado americano, na defesa de Ginsburg por instituições que promovam a accountability, na abertura de Häberle aos sujeitos marginalizados, na recusa de Elster ao uso estratégico da opacidade institucional, na proposta de Balkin de expandir os cânones para incluir vozes antes silenciadas. Essa ética comum, ainda que formulada de modos diversos, é o que impede que o constitucionalismo se torne mera técnica institucional. Ela o vincula, em última instância, a um horizonte normativo que não é dado, mas buscado — e que só pode ser alcançado se o constitucionalismo estiver disposto a se revisar continuamente.

Torna-se evidente que, apesar das diferenças de linguagem, método e sensibilidade, os autores analisados compartilham uma preocupação central: manter o constitucionalismo fiel à sua promessa original de articular poder e justiça, permanência e mudança, legitimidade e crítica. São suas aproximações, fundadas não na uniformidade, mas na interrogação constante da ordem instituída, que constituem as verdadeiras engrenagens da promessa constitucional.

3. O CISMA E O VÉU: DIVERGÊNCIAS FUNDAMENTAIS NO IMAGINÁRIO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

A divergência mais visceral entre os autores examinados emerge no tratamento que conferem à autoridade fundacional da constituição. Para Elster, a legitimidade de uma constituição repousa sobre a pureza procedimental do momento constituinte. Seu foco recai sobre o ideal de uma deliberação livre de coerção, estratégica ou afetiva, pautada exclusivamente por argumentos. Essa é, para ele, a única maneira de garantir que a constituição represente uma vontade coletiva racionalizada e não um pacto de elites em disfarce democrático. Levinson, por outro lado, desconfia profundamente da própria ideia de autoridade fundacional como símbolo de consenso ou racionalidade. Para ele, a constituição norte-americana, considerada um ícone dessa autoridade originária, já nasceu com vícios profundos de exclusão, desigualdade e rigidez institucional. O que para Elster é um momento de pureza normativa, para Levinson é o início de uma longa cadeia de distorções representativas e bloqueios à reforma. Essa oposição não é apenas metodológica; é moral e histórica. Onde um vê possibilidade, o outro vê clausura.

No campo da hermenêutica constitucional, o abismo entre Häberle e Bobbitt também é estrutural. Peter Häberle propõe uma concepção aberta e cultural da constituição, em que todo sujeito político — e não apenas os juristas togados — é um intérprete legítimo do texto constitucional. Ele insiste que a constituição não pode ser monopolizada por cortes ou elites acadêmicas, pois ela é, por essência, um espelho da pluralidade cultural e histórica da sociedade. Bobbitt, por sua vez, ao desenvolver sua tipologia das modalidades interpretativas, oferece um repertório técnico de formas possíveis de leitura constitucional, que vão da histórica à prudencial. Sua teoria é sofisticada, mas continua atada a uma moldura profissionalizante da interpretação. Embora reconheça a diversidade de caminhos

hermenêuticos, Bobbitt restringe sua aplicabilidade ao interior do discurso jurídico institucionalizado. A divergência entre ambos, portanto, não é sobre a necessidade de pluralidade, mas sobre quem pode exercê-la com autoridade. Para Häberle, a legitimidade é difusa; para Bobbitt, é calibrada pela pertença ao campo jurídico.

Outra dissonância essencial emerge na concepção de temporalidade constitucional. Elkins, Ginsburg e Melton defendem um modelo centrado na durabilidade como critério de sucesso constitucional. Para esses autores, o tempo longo de vigência de uma constituição é sinal de sua adaptabilidade, aceitação popular e funcionalidade institucional. A longevidade é, portanto, não apenas um fato empírico, mas um indício de valor normativo. Levinson rejeita categoricamente essa premissa. Para ele, uma constituição que sobrevive, mas perpetua desigualdades e impede mudanças necessárias, é mais um obstáculo do que um triunfo democrático. A duração, nesse contexto, torna-se sinônimo de decadência congelada. A divergência entre ambos é paradigmática: de um lado, o constitucionalismo evolucionário, que celebra a estabilidade como virtude; de outro, o constitucionalismo crítico, que denuncia essa mesma estabilidade como forma de violência institucional. Assim, enquanto Elkins e Ginsburg medem o sucesso pela sobrevivência, Levinson exige que a constituição se justifique permanentemente diante de novos desafios morais.

As fissuras tornam-se ainda mais visíveis quando se aborda a questão da reforma constitucional. Para Elster, mudanças constitucionais são admissíveis desde que passem pelo crivo da deliberação racional. Sua aversão a mecanismos que permitam alterações impulsivas o leva a defender arranjos que filtrem a paixão do momento histórico e resguardem a constituição contra usos oportunistas. Levinson, em sentido diametralmente oposto, sustenta que a rigidez extrema — como a do artigo V da constituição americana — equivale a uma interdição ao povo de atualizar sua própria norma fundamental. Para ele, o veto das minorias estruturais impede qualquer tentativa significativa de evolução democrática. A reforma, portanto, não pode ser apenas um apêndice técnico: ela precisa ser um direito político materializado em mecanismos eficazes e acessíveis. Entre o proceduralismo vigilante de Elster e o democratismo transformador de Levinson há uma divergência radical sobre o papel da constituição: freio racional ou trampolim de justiça?

Outro ponto de separação intransponível reside na forma como os autores interpretam a relação entre constituição e identidade nacional. Ginsburg e Elkins atribuem à constituição a função de sedimentar um consenso mínimo sobre os contornos da comunidade política, funcionando como uma âncora simbólica que transcende a conjuntura política.

Levinson, no entanto, vê nessa sacralização da constituição um risco profundo: o de transformar um instrumento político em fetiche nacionalista. Ele denuncia a constituição como um símbolo tóxico que, ao invés de incluir, exclui; ao invés de guiar, paralisa. A função identitária do texto constitucional, longe de ser neutra ou integradora, reforça desigualdades históricas e legitima a concentração de poder. A divergência aqui não é apenas sobre a funcionalidade simbólica do constitucionalismo, mas sobre seu uso ideológico como escudo contra o conflito democrático real.

Há, ainda, um ponto de dissonância metodológica entre os autores que tensiona os alicerces da própria teoria constitucional. Elster e Häberle operam em registros normativos e hermenêuticos, preocupados com os princípios que deveriam guiar a prática constitucional e com a multiplicidade de leituras que o texto admite. Já Ginsburg, Elkins e Melton adotam uma abordagem empírica, utilizando dados, comparações e estatísticas para avaliar a performance das constituições no mundo. Para eles, o que importa é o efeito — não a intenção. Essa virada metodológica implica uma recusa do normativismo puro, abrindo espaço para a análise de campo, para a verificação de hipóteses e para a construção de teorias ancoradas em dados. Embora não neguem a importância dos valores, deslocam o foco da normatividade para a eficácia. A constituição, nessa ótica, é menos uma promessa do que um dispositivo sujeito à experimentação.

As distinções entre os autores também se revelam em seus entendimentos acerca da função educativa da constituição. Enquanto Häberle entende o texto constitucional como um espaço pedagógico aberto, que deve incluir a pluralidade das culturas jurídicas, minorias e tradições em constante diálogo com os intérpretes autorizados, Elster parece mais cético quanto à dimensão formativa da constituição. Para ele, o documento constitucional não tem como papel primário a formação cívica dos cidadãos, mas sim a regulação racional do poder por meio de mecanismos institucionais que possam prevenir abusos. A constituição, em Elster, não é um espelho da sociedade, mas um conjunto de regras para conter as paixões humanas. Häberle, ao contrário, trata a constituição como um centro simbólico e cultural de aprendizagem democrática, que deve acolher os repertórios diversos de sentido que uma sociedade plural produz. O primeiro propõe um modelo restritivo e cauteloso; o segundo, uma arena expandida de consciência e reconhecimento.

As divergências também aparecem com nitidez quando se trata do papel do judiciário constitucional. Balkin, em sua análise da construção dos cânones interpretativos, vê nas cortes constitucionais — especialmente na Suprema Corte norte-americana — agentes

centrais na consagração de narrativas jurídicas, na consagração de certos autores e decisões como representações legítimas do espírito constitucional. Essa abordagem implica uma crença funcional na capacidade da jurisdição constitucional de orientar o debate público e de fomentar, ainda que indiretamente, formas de inclusão. Levinson, em contraste frontal, encara o mesmo tribunal como uma instituição anacrônica e profundamente antidemocrática. Em sua crítica, a Suprema Corte representa o oposto da deliberação popular, sendo composta por uma elite jurídica desvinculada das demandas sociais mais amplas. Sua denúncia não é apenas à estrutura da corte, mas à lógica oligárquica que permite sua perpetuação. Onde Balkin vê construção simbólica, Levinson vê concentração ilegítima de poder.

Outro ponto de choque entre os autores é a compreensão do conceito de legitimidade constitucional. Ginsburg e Melton entendem a legitimidade como derivada da funcionalidade: uma constituição é legítima na medida em que funciona, gera estabilidade, facilita a alternância de poder e promove direitos. Levinson, por outro lado, adota um critério substancial: uma constituição é legítima se e somente se assegura a igualdade democrática e permite reformas que atualizem o contrato político. Assim, uma constituição que funcione bem do ponto de vista técnico, mas que bloqueie o acesso igualitário ao poder (como no caso do Senado americano), seria para ele ilegítima. A divergência, portanto, reside no ponto de inflexão entre legitimidade procedimental e legitimidade substantiva. Os primeiros aparam as arestas do realismo institucional; o segundo denuncia os vícios sistêmicos que escapam a qualquer avaliação meramente instrumental.

Essas divergências se estendem também ao modo como os autores tratam a relação entre constituição e conflito. Para Elster, o momento fundacional constitucional ideal é aquele em que os conflitos são suspensos temporariamente em nome de uma deliberação racional orientada para o bem comum. O conflito, portanto, é algo a ser controlado ou superado, nunca um valor em si. Balkin, embora preocupado com os efeitos de certas interpretações judiciais sobre o debate político, compartilha da ideia de que o constitucionalismo deve, de alguma forma, pacificar as dissensões sociais. Já Häberle caminha em direção oposta: para ele, o conflito é constitutivo da própria vida constitucional. O pluralismo interpretativo e a abertura hermenêutica não buscam a pacificação, mas sim a visibilização dos antagonismos como condição de um constitucionalismo verdadeiramente democrático. E Levinson radicaliza essa leitura, argumentando que, em certas condições, o próprio conflito é a única via possível de ruptura com estruturas opressivas. Em sua obra, o conflito não é patologia; é potência crítica.

Também há uma dissonância considerável no que diz respeito à normatividade dos princípios constitucionais. Enquanto Elster adota uma abordagem fortemente kantiana, na qual os princípios devem ser universalizáveis e aplicáveis independentemente das contingências históricas, Ginsburg propõe uma leitura mais flexível, que reconhece a variabilidade cultural dos princípios e sua adaptação a contextos locais. A universalidade, nesse último caso, é substituída por padrões mínimos de reconhecimento e accountability que variam conforme as instituições e a cultura política de cada país. Essa tensão entre normatividade e contextualismo mostra como os autores se situam em posições epistemológicas distintas: um defende a razão normativa como guia último; o outro, a prudência institucional baseada na experiência comparada.

Outro ponto de tensão irreconciliável diz respeito à sacralidade do texto constitucional. Para Bobbitt e Balkin, há certo respeito canônico pelo texto fundacional — mesmo que esse respeito permita revisões e críticas. Eles veem a constituição como um repositório de significados legítimos, que deve ser interpretado à luz de suas várias modalidades, mas não destruído ou substituído sem critério. Levinson, em contrapartida, não apenas questiona o conteúdo da constituição, mas denuncia sua sacralização como um dos principais obstáculos à justiça. Para ele, tratar a constituição como um símbolo sagrado é impedir que ela seja reformada, criticada ou mesmo superada. Sua proposta de convocação de uma nova convenção constitucional parte da recusa a esse culto ao texto. O embate aqui é mais do que metodológico: é uma disputa sobre o lugar simbólico da constituição na imaginação política contemporânea.

Em relação à linguagem constitucional, também há oposição. Häberle entende a linguagem constitucional como poética, simbólica, culturalmente densa e aberta a múltiplas leituras. Elster, em sentido oposto, busca uma linguagem clara, racional, livre de ambiguidades e projetada para evitar abusos interpretativos. Enquanto um vê a ambiguidade como riqueza, o outro a vê como ameaça. Essa divergência é representativa de duas tradições filosóficas distintas: a hermenêutica e a racionalista. E ela se reflete na forma como cada autor pensa a função do texto constitucional — como convite ao diálogo, ou como estrutura de contenção.

Por fim, uma divergência crucial aparece na forma como os autores lidam com o papel dos cidadãos no processo constitucional. Para Häberle, os cidadãos são coautores permanentes da constituição, pois a interpretam, a disputam e a atualizam a partir de suas práticas culturais. Ginsburg reconhece a importância da participação cidadã, mas tende a

analisá-la a partir de seus efeitos institucionais mensuráveis, como confiança nas instituições ou adesão ao texto legal. Levinson, por sua vez, é o que mais insiste na exclusão do povo do processo constitucional americano atual. Ele denuncia que a constituição foi escrita por elites, não é passível de reforma popular, e se tornou instrumento de bloqueio à soberania popular. A distância entre essas abordagens não é apenas analítica; é política. Trata-se de definir se o povo é sujeito constituinte em permanência, observador estratégico ou refém de uma ordem que não o representa mais.

Com isso, conclui-se a segunda parte do Capítulo III, na qual as linhas de fratura entre os autores são tornadas visíveis e interpretadas à luz de suas implicações para a teoria e a prática constitucional. No próximo passo, será redigida a conclusão do trabalho, que apresentará um balanço analítico entre as convergências e as divergências identificadas, buscando elaborar um diagnóstico crítico da teoria constitucional contemporânea.

4. CONCLUSÃO — ENTRE RUÍNAS E ALICERCES: O HORIZONTE POSSÍVEL DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O percurso analítico desenvolvido ao longo deste trabalho revelou um conjunto robusto de aproximações e divergências entre alguns dos principais intérpretes contemporâneos da teoria constitucional. Mais do que uma mera justaposição de posições teóricas, o esforço aqui empreendido consistiu em articular, com rigor e densidade, as tensões estruturais que atravessam o imaginário constitucional moderno. Ao tomar como eixo comparativo as obras de autores como Jon Elster, Peter Häberle, Tom Ginsburg, Zachary Elkins, Aziz Huq, Sanford Levinson, Jack Balkin e Philip Bobbitt, o texto desvelou não apenas distintos entendimentos sobre a natureza, função e futuro da constituição, mas também modelos de racionalidade jurídica e política que se colocam, muitas vezes, em polos de tensão irreconciliáveis. A conclusão a que se chega, entretanto, não é a de que tais divergências impossibilitam o diálogo, mas a de que o próprio campo constitucional é, e deve ser, o lugar onde o conflito é simbolizado, interpretado e, quando possível, redimido.

Um dos principais pontos de convergência entre os autores está na consciência comum de que a constituição não é um artefato estático, nem um mero arranjo técnico-jurídico, mas um documento carregado de implicações morais, políticas, históricas e simbólicas. Mesmo os autores mais empíricos, como Ginsburg e Elkins, reconhecem que a

constituição opera como um eixo articulador de expectativas normativas e identidade política. Esse reconhecimento compartilhado permite situar a constituição no centro de um imaginário coletivo cuja função excede a prescrição normativa: ela organiza o tempo político, confere legitimidade ao poder e estrutura a percepção dos cidadãos sobre seus direitos e obrigações. O dissenso entre os autores não reside na centralidade da constituição, mas nos critérios pelos quais essa centralidade deve ser julgada, celebrada ou criticada.

Outro ponto de interseção importante diz respeito à percepção de que a legitimidade constitucional não pode mais ser pensada exclusivamente em termos formais ou puramente legais. Todos os autores, ainda que por vias distintas, partem do pressuposto de que a autoridade de uma constituição depende, em última instância, de sua capacidade de responder a uma ordem democrática em transformação. A preocupação de Elster com a deliberação racional, a ênfase de Häberle na pluralidade cultural, a defesa de Levinson pela reformabilidade popular e a proposta de Ginsburg de uma avaliação empírica da eficácia funcional das constituições, ainda que partam de premissas diferentes, se encontram na busca por critérios que transcendam o legalismo fechado e admitam uma medida externa de justiça e adequação. Essa convergência reforça a tese de que o constitucionalismo do século XXI deve ser simultaneamente normativo e responsivo, isto é, capaz de afirmar princípios sem perder o contato com os imperativos do tempo histórico.

Contudo, o que mais salta aos olhos neste balanço é o grau de dissenso quanto à natureza do povo constitucional. Para Elster, o povo é uma abstração que deve ser resguardada da manipulação estratégica, sendo convocado apenas nos momentos de deliberação genuína. Para Häberle, o povo é uma pluralidade concreta e culturalmente situada, presente de forma contínua na interpretação da constituição. Levinson, por sua vez, denuncia a exclusão histórica do povo real, sobretudo nas democracias ocidentais, e defende sua reinserção ativa por meio de mecanismos de revisão institucional direta. E Ginsburg opera com um conceito funcional de povo, centrado em métricas de confiança institucional e estabilidade do sistema. Assim, mesmo partindo de um núcleo comum — a relevância do povo para o constitucionalismo — os autores acabam por construir representações distintas: o povo como deliberação racional, como multiplicidade hermenêutica, como sujeito excluído ou como dado institucional mensurável.

O segundo grande eixo de dissenso diz respeito à concepção de tempo constitucional. Elster e Balkin, ainda que de maneiras distintas, operam com categorias de racionalidade atemporal, buscando fundamentos e princípios que resistam às oscilações do

momento histórico. Já Häberle e Levinson introduzem a historicidade como categoria constitutiva do constitucionalismo. Para Häberle, isso implica admitir a constituição como um texto vivo, culturalmente interpretado ao longo do tempo. Para Levinson, a história revela a rigidez e os vícios de origem de certos textos constitucionais, demandando sua superação. Ginsburg e Elkins, por seu lado, articulam um tempo constitucional empírico, que pode ser mensurado em termos de durabilidade e performance. A tensão entre essas abordagens é mais do que cronológica: ela é epistemológica. Está em jogo o modo como os autores concebem a permanência, a mudança e a reforma. Para alguns, a constituição é um dispositivo de contenção temporal; para outros, uma plataforma de adaptação; e para outros ainda, um obstáculo que precisa ser vencido.

Também não se pode ignorar o contraste entre os níveis de abstração utilizados. Elster, Balkin e Bobbitt desenvolvem teorias com alto grau de generalidade, buscando princípios universais da ação constitucional. Já Häberle parte de uma abordagem mais concreta, sensível às variações culturais e linguísticas dos contextos constitucionais. Ginsburg, Elkins e Huq se aproximam de uma linguagem cientificista, operando com dados, regressões e inferências causais. Levinson, em contrapartida, prefere o estilo ensaístico e provocador, ancorado na crítica institucional direta. Esses diferentes registros de linguagem e método não são apenas formais: eles revelam concepções distintas sobre o que é a teoria constitucional, para quem ela fala e com quais finalidades. A teoria como arquitetura abstrata, como política empírica, como hermenêutica cultural ou como crítica radical são quatro formas distintas de praticar o constitucionalismo — e cada autor toma partido, consciente ou não, de uma dessas tradições.

O saldo desse confronto de perspectivas é duplo. Por um lado, o texto revelou que há, sim, espaço para uma gramática comum no debate constitucional contemporâneo. Essa gramática se estrutura em torno de preocupações compartilhadas com legitimidade, participação, reforma e inclusão. Não há, entre os autores, defensores do autoritarismo, do fechamento hermenêutico ou da exclusão como norma. Todos, em alguma medida, buscam expandir os horizontes democráticos da constituição, seja por via deliberativa, hermenêutica, institucional ou crítica. Por outro lado, o texto também mostrou que os caminhos propostos para essa expansão são radicalmente diferentes. Não há um consenso possível sobre os meios; há, no máximo, uma convergência em torno de fins ideais.

Em vez de sugerir uma síntese forçada, este trabalho propõe reconhecer o valor produtivo do dissenso entre os autores analisados. A divergência entre Elster e Levinson sobre

o papel da racionalidade procedimental, entre Häberle e Bobbitt sobre os sujeitos legítimos da interpretação constitucional, entre Ginsburg e Levinson sobre o critério de legitimidade, não deve ser vista como um obstáculo ao avanço teórico, mas como um recurso crítico. É precisamente na tensão entre essas posições que se abre o espaço para uma teoria constitucional mais robusta, capaz de dialogar com as exigências normativas e com as urgências históricas do presente.

Talvez o maior ensinamento que se possa extrair do confronto entre essas teorias seja o de que o constitucionalismo, para continuar sendo um instrumento de emancipação e não de dominação, precisa abandonar sua pretensão monológica. A constituição deve ser pensada não como um texto definitivo, mas como um campo em disputa; não como uma verdade revelada, mas como uma arena de reivindicações. Isso exige, por parte da teoria, menos rigidez e mais escuta; menos prescrição e mais abertura; menos reverência e mais crítica.

É nesse espírito que se conclui este trabalho: não com uma resposta única, mas com a afirmação da pluralidade como fundamento do constitucionalismo democrático. A constituição, para ser de todos, deve poder ser lida, disputada e transformada por todos. Só assim ela deixará de ser um véu que encobre as rupturas da ordem e se tornará um alicerce sobre o qual novas formas de justiça e liberdade poderão ser construídas.

BIBLIOGRAFIA

BALIKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. *Constitutional Canon and Anti-Canon*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Oxford: Blackwell, 1991.

BOBBITT, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ELSTER, Jon. *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies*. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 2, p. 345-421, 2000.

ELSTER, Jon. *Securities Against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *The Democratic Erosion Literature: Three Lessons for Constitutional Design*. *University of Chicago Law Review*, v. 87, p. 1879–1904, 2020.

HÄBERLE, Peter. *Hermeneutics of Constitution*. Baden-Baden: Nomos, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Constituição como Cultura*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom. *How to Lose a Constitutional Democracy*. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 78, p. 78–169, 2018.

LEVINSON, Sanford. *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People Can Correct It)*. New York: Oxford University Press, 2006.

LEVINSON, Sanford. *Framed: America's 51 Constitutions and the Crisis of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MELTON, James; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. *On the Interpretability of Constitutions*. *British Journal of Political Science*, v. 44, n. 3, p. 457–485, 2014.

SHERRY, Suzanna. *Why We Need More Judicial Activism*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 16, n. 1, p. 45–61, 1993.

SHERRY, Suzanna. *The Imaginary Constitution*. *Michigan Law Review*, v. 17, p. 1257–1290, 1993.

SHERRY, Suzanna. *The Founders' Unwritten Constitution*. *University of Chicago Law Review*, v. 54, n. 4, p. 1127–1155, 1987.

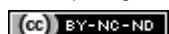
All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

SISTEMA PENAL REDUTOR: PARA A CONSTRUÇÃO DE UM SABER RACIONAL E CONTRASSELETIVO NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

REDUCTIVE PENAL SYSTEM: TOWARDS THE CONSTRUCTION OF A RATIONAL AND COUNTER SELECTIVE KNOWLEDGE IN CRIMINAL SCIENCES

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira¹

Gabriela Faria Mendes da Costa Martins²

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4604-1943>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5603-1116>

Submissão: 03/06/2025

Aprovação: 25/06/2025

RESUMO:

O escopo do artigo consiste em investigar as bases do Sistema Penal Redutor e instigar a construção de saberes que possam ser absorvidos por esse sistema. O estudo analisou a necessidade de se construir coletivamente um sistema penal teleologicamente orientado a limitar e a reduzir o poder punitivo, delineou as principais premissas desse sistema, e demonstrou que a proposta redutora passa pela deslegitimação do poder punitivo e pela construção de saberes deslegitimadores. Os dados da criminologia evidenciam que o sistema punitivo na nossa realidade marginal é autoritário, violento, seletivo, discriminatório e ineficaz. A partir de uma perspectiva democrática e humanista, é necessário organizar um sistema que contemple o Direito Penal e Processual Penal como modelos orientadores de decisões judiciais mais racionais, além de intervenções criminológicas e político-criminais aptas a conter a violência atroz do poder punitivo formal e informal. O trabalho adota a

¹ Doutor e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Penal da Graduação e da Pós-Graduação *stricto sensu* da PUC-SP. Defensor Público do Estado de São Paulo. E-mail: profgjunqueira@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v16/013**

² Mestranda em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada. E-mail: gabrielaariamendes@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v16/013**

investigação qualitativa, com pesquisa bibliográfica e de estatística, tendo como referencial teórico Eugênio Raúl Zaffaroni e seus interlocutores.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penal Redutor. Crítica redutora. Racionalidade. Contrasseletividade. Realismo marginal.

ABSTRACT:

The scope of the article consists of investigating the bases of the Reductive Penal System and instigating the construction of knowledge that can be absorbed by this system. The study analyzed the need to collectively build a teleologically oriented penal system to limit and reduce punitive power, outlined the main premises of this system, and demonstrated that the reductive proposal involves the delegitimization of punitive power and the construction of delegitimizing knowledge. Criminology data show that the punitive system in our marginal reality is authoritarian, violent, selective, discriminatory and ineffective. From a democratic and humanist perspective, it is necessary to organize a system that considers Criminal Law and Criminal Procedure as guiding models for more rational judicial decisions, in addition to criminological and political-criminal interventions capable of containing the atrocious violence of formal and informal punitive power. The work adopts qualitative research, with bibliographic and statistical research, using Eugênio Raúl Zaffaroni and his interlocutors as a theoretical reference.

KEYWORDS: Reductive Penal System. Reductive review. Rationality. Counter selectivity. Marginal realism.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo central do trabalho é apresentar as bases do Sistema Penal Redutor. Os objetivos secundários consistem em explicar a opção pela denominação “Sistema Penal Redutor”, esmiuçar suas premissas e, então, alcançar as particularidades e proposições desse sistema.

Teorizada inicialmente por Eugênio Raúl Zaffaroni, a crítica redutora postula uma expansão por pensadores latino-americanos que busquem, a partir da realidade marginal evidenciada pela criminologia crítica, construir e repensar a dogmática penal e processual penal, além de propor alternativas de política criminal deslegitimadoras da punição. A

justificativa do trabalho reside, então, na necessidade de explicar o tema sintética e objetivamente, para que pensadores críticos ao sistema penal sejam instigados a construir saberes racionais e contrasseletivos baseados em dados reais, orientados pelas ideias zaffaronianas.

A investigação do artigo é qualitativa, com pesquisa bibliográfica como técnica descritiva, além de pesquisa de estatística. O referencial teórico está na vasta obra sobre a crítica redutora, especialmente de Zaffaroni, mas também de seus interlocutores.

O primeiro tópico contextualiza o conceito de Sistema Penal Redutor e as origens de sua denominação. Em seguida, são traçadas suas quatro principais premissas, buscando demonstrar ao cabo porque é preciso deslegitimar o poder punitivo e construir novos saberes deslegitimadores. Enfim, o último tópico apresenta caminhos possíveis e realizáveis para a construção do Sistema Penal Redutor, que tem como função precípua e imediata a contenção e a redução do poder punitivo e, no horizonte, sua total superação.

2. POR QUE “SISTEMA PENAL REDUTOR”?

A partir do século XX, a dogmática penal passou a ser estruturada em sistemas penais, ou seja, em conjuntos que organizam os elementos (dogmas) da Teoria do Crime (Junqueira; Vanzolini, 2023, p. 76) com harmonia de premissas metodológicas e político-criminais, as quais nem sempre são expressamente admitidas.

Os principais sistemas penais recepcionados no Ocidente foram, na consagrada classificação doutrinária³: o Sistema Clássico ou Causalismo Naturalista, também chamado “sistema Liszt-Beling” (entre o final do século XIX e o início do século XX); o Sistema Neoclássico ou Neokantismo, que ganha especial destaque a partir da década de 1930; o Finalismo, que, embora já proposto na década anterior, ascende a partir da década de 1940; e o Sistema Funcionalista (desde 1970), tradicionalmente dividido, no Brasil, em duas vertentes: o Funcionalismo Teleológico, sistematização de Roxin, e o Funcionalismo Radical, de Jakobs (Tavares, 2018, p. 76-84).

Apesar de suas significativas diferenças estruturais e ideológicas, esses sistemas penais são altamente funcionais, pois todos apresentam um método aliado a uma intencionalidade política – ainda que não declarada (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 155) –, e uma

³ Por todos, Juarez Tavares (2018, p. 106).

completude lógica, responsável pela coerência interna e teleológica entre seus elementos (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 152).

Zaffaroni *et al.* (2017) apontam que esses critérios de funcionalidade são extremamente importantes para que uma sistematização tenha êxito político, todavia, são incapazes de garantir que a atuação do poder punitivo permaneça circunscrita ao Estado de Direito. Isso porque o Direito Penal é um saber que pode ser “garantidor” (limitador) ou autoritário (supressor de limites), isto é, funcional quanto ao Estado de Direito ou ao Estado de Polícia” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 154). O sistema que se restringe à mera funcionalidade, sem definir previamente seu destino político, ou preferindo deixá-lo latente, tende facilmente a recair no autoritarismo estatal, permitindo que o Estado de Polícia avance sobre o Estado de Direito (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 156-157).

Por reconhecer que a funcionalidade é inerente a qualquer sistema penal, mas também que os sistemas até então adotados não foram construídos teleologicamente para impulsionar o Estado Constitucional de Direito (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 160), Zaffaroni propõe uma *sistemática funcional redutora* (Zaffaroni *et al.*, 2010, p. 58): “sistema”, enquanto conceito kantiano de “unidade de diversos conhecimentos, segundo uma ideia” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 162); “funcional”, porque, para formular um novo sistema, é necessário assumir a missão de construir saberes e conceitos teleologicamente orientados, posto que a repercussão do saber crítico no poder punitivo será pouca ou nenhuma na falta da técnica dogmática (Junqueira; Vanzolini, 2023, p. 84); e “redutor”, porque é preciso aderir a um método sistemático que parta de uma inédita teleologia redutora, isto é, constituído a partir do objetivo irrenunciável e declarado de reduzir a irracionalidade e a violência do poder punitivo (Zaffaroni *et al.*, 2010, p. 60-63).

Nota-se que “a construção redutora não significa uma ruptura metodológica com a teoria do delito, mas sim uma via de seu desenvolvimento” (Zaffaroni *et al.*, 2010, p. 61). Zaffaroni absorve contribuições essenciais dos sistemas penais europeus, contudo, assume um novo método e adota uma funcionalidade política coerente com a realidade marginal latino-americana.

O *Sistema Penal Redutor* representa, então, a estruturação do saber jurídico-penal em um sistema cujo método tenha como objetivo prévio e declarado a deslegitimação do poder punitivo e, a partir da nossa realidade periférica, a construção de sistemas decisórios racionais capazes de orientar as agências judiciárias de modo a efetivamente conter e limitar o aparelho persecutório. Somente essa organização de estruturas e instrumentos possibilitará ao

Direito Penal alcançar sua verdadeira função política em um Estado Democrático: servir de “dique de contenção” para que o Estado de Direito represe, ao máximo, o Estado de Polícia (Zaffaroni *et al.*, 2010, p. 20).

A proposta zaffaroniana diverge radicalmente do funcionalismo de Roxin e de Jakobs porque, ao contrário deles, que conferem à pena a finalidade de proteger e preservar uma sociedade compreendida como um sistema consensual, sua construção redutora nega qualquer função positiva à pena e pretende pensar um novo sistema penal compatível com uma sociedade de conflitos (Zaffaroni *et al.*, 2010, p. 61). Além disso, apesar de também partir da deslegitimação da pena e do poder punitivo, a proposta zaffaroniana não se confunde com o movimento abolicionista, e apesar de negar função positiva para a pena, tampouco se confunde com o minimalismo penal garantista. Para Zaffaroni (2022, p. 16), esses dois modelos político-criminais apresentam inúmeras contribuições, mas não oferecem propostas concretas e imediatas aos operadores do sistema penal, o que pode até não ser um grande problema nos países centrais, mas que se revela inviável na América Latina pelos altos níveis de violência com que operam nossas agências. Seria possível, portanto, vislumbrar a proposta abolicionista como horizonte civilizatório, mas não como uma proposta viável à redução ou à extinção do poder punitivo para hoje ou para amanhã.

3. PREMISSAS DO SISTEMA PENAL REDUTOR

É possível elaborar quatro principais premissas que norteiam o Sistema Penal Redutor: a sociedade de conflitos; a seletividade discriminatória estrutural; a teoria agnóstica ou negativa da pena; e a planificação da realidade.

3.1. SOCIEDADE DE CONFLITOS

Os sistemas penais até então construídos partiam das teorias do consenso, cuja premissa filosófica mais remota é o contratualismo, mas que encontrou novos contornos com a Teoria Organicista de Émile Durkheim e com a Teoria Sistêmica, acoplada à criminologia por Robert Merton (Zaffaroni, 2018, p. 110-131).

Zaffaroni aponta que todas essas teorias são idealistas, pois se nem mesmo os contratualistas sustentavam sua teoria como uma realidade antropológica, mas uma mera

figura imaginária que tenta explicar as relações sociais (Zaffaroni, 2017, p. 49), tampouco seria possível demonstrar empiricamente que a sociedade é um “organismo social” ou um “sistema” harmônico e estável (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 654).

Não obstante, tais teorias idealistas legitimam o discurso jurídico-penal ainda hoje. O saber penal sempre se esforçou para manter seu “jogo de ficções”, sem operar com dados concretos da realidade (Zaffaroni, 2017, p. 48-49) e, mesmo quando pareceu ter incorporado o estudo dos fenômenos sociais com a “virada sociológica” (Baratta, 2017, p. 59 e ss.)⁴, adotou teorias que olhavam para o crime como um dado natural (ou ôntico), objeto único a ser estudado, e não para os processos de criminalização.

Portanto, ainda hoje, o pensamento hegemônico parte da premissa de que todos os indivíduos sociais partilham dos mesmos objetivos, interesses e valores, de forma que caberia ao Direito a busca pelo bem comum e pelo bem-estar-social, “conforme o qual todos teriam os mesmos interesses e caminhariam na mesma direção, com a proteção de bens que seriam majoritariamente consensuais, como uma determinada concepção de boa vida, saúde, alimentação, moradia etc” (Junqueira; Santos, 2023, p. 86).

As teorias do consenso, de forma geral, provocam um efeito temerário quando absorvidas pelo saber penal, pois suas conclusões, absorvidas de forma simplista e instrumental, não raramente legitimam o uso arbitrário da força e da violência punitiva contra o indivíduo em dissenso, taxado como *inimigo* da sociedade, o qual representaria uma ameaça aos demais cidadãos e às regras vigentes. Zaffaroni ensina que essa diferenciação entre *cidadãos* e *não cidadãos*, calcada essencialmente no consenso e defendida desde o colonialismo do século XV até o totalitarismo financeiro do século XXI, “sempre foi, lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de Direito. (...) O poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa.” (Zaffaroni, 2019, p. 152-153).

As teorias do consenso são convenientemente usadas por governos com projetos autoritários, pois edificam com relativa facilidade discursos que promovem uma sensação social de insegurança e de temor, suscitando um apelo coletivo pelo aumento do aparato punitivo e por ideias contrárias ao Estado de Direito. Em uma sociedade com comunicação globalizada e aversão ao risco (Silva Sanches, 2013, p. 56), sentimentos como insegurança e emergência são constantes e facilmente manipuláveis, conclamando o incremento da violência estatal contra tudo que for considerado fator de risco ou ruptura do

⁴ Termo de Alessandro Baratta para designar a virada sociológica da criminologia contemporânea.

pretensão consenso, culminando em práticas punitivas discriminatórias racistas, aporofóbicas, machistas e xenofóbicas.

Ao debruçar-se sobre os dados da realidade e, principalmente, do realismo marginal, o Sistema Penal Redutor propõe a ruptura do paradigma das teorias do consenso e de seu inerente caráter autoritário. Adere ao marco da teoria sociológica do conflito, partindo da concepção de que a sociedade é integrada por conflitos diversos que coexistem em constante oposição.

Sociedades heterogêneas possuem contradições e antinomias de caráter econômico, social, racial, étnico, religioso, entre tantos outros que sempre existiram, mas que são incapazes de serem resolvidos ou neutralizados pelo poder punitivo, dada sua incapacidade de resolver conflitos complexos. A perspectiva conflitivista evidencia que o máximo que se pode esperar do aparato penal é a suspensão do conflito ou seu desvio para outro objeto, operando como uma “válvula de escape institucional” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 655).

Partir do conflito implica também compreender que a dinâmica social impõe uma classe hegemônica e outra oprimida, e que, historicamente, o Direito Penal sempre foi instrumentalizado como forma de coerção pelos poderosos contra os vulneráveis, culminando na conclusão de que a Justiça sempre obedece aos interesses do mais forte, concretizando as “necessidades da classe governante expressas na lei” (Quinney, 2016, p. 22). Sob uma perspectiva democrática, no entanto, não há como admitir que um poder estatal se preste a defender os interesses de um grupo enquanto oprime, controla e extermina outro, o que acaba por deslegitimar o atual discurso jurídico-penal. Assim, Zaffaroni *et al.* (2010, p. 60-61) concluem:

O vínculo que um direito penal redutor procura estabelecer com as ciências sociais deve privilegiar o marco de uma sociedade compreendida a partir de uma teoria do conflito, ou seja, compreendida como uma sociedade integrada por classes, grupos e indivíduos cujos interesses se enfrentam e se chocam, num processo histórico de contínua transformação. Neste marco é difícil valorar positivamente o poder punitivo, que intervém na

conflitividade social sempre ao lado do mais forte, como sua história demonstra.

A busca obsessiva pelo consenso estimula a vitória do mais forte (Binder, 2015, p. 154), suprimindo o vulnerável. Apenas a compreensão do conflito como estado normal da sociedade permite sua gestão de forma racional e democrática.

Em última análise, Zaffaroni *et al.* (2017, p. 655) demarcam que a adoção das teorias do consenso pelos sistemas penais não é aleatória, e sim deliberada. A repulsa pelas teorias conflitivas é explicada pela intencionalidade velada dos sistemas que optaram por adotar premissas que justificassem o discurso punitivo e a manutenção do *status quo*. A mudança de paradigma da Teoria do Consenso para a Teoria do Conflito engendra, como consequência lógica, o discernimento de que o Direito Penal não deve ter a função de legitimar e fortalecer o poder punitivo, mas sim de reduzi-lo e contê-lo, o que não seria útil a quem o manipula como instrumento de coerção.

O poder das classes dominantes existe independentemente do Direito Penal, muito o transcende e apenas dele se utiliza para pseudo-legitimar uma fração da opressão exercida. Enquanto instrumento de opressão, tem função minúscula, simbólica e divorciada dos valores democráticos presentes em inúmeras constituições. Apenas enquanto instrumento de proteção dos vulneráveis e redução da violência é que o Direito Penal ganha real relevância e pertinência democrática, como saber antiautoritário (Tavares, 2022, p. 169).

Então, para além da ilegítima “funcionalidade política legitimadora”, não existe qualquer razão científica para que um sistema penal que se pretenda democrático adote premissas consensuais para seu funcionamento, “daí, com perfeita legitimidade científica, optar-se nesse desenvolvimento pela perspectiva conflitivista da sociedade” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 655).

3.2. SELETIVIDADE DISCRIMINATÓRIA ESTRUTURAL

Zaffaroni admite que as agências que formam o sistema de justiça criminal exercem uma seletividade estrutural, própria e inerente a qualquer poder punitivo institucionalizado. À essa seleção penalizante, dá-se o nome *criminalização*, que pode ser desenvolvida em dois momentos.

A *criminalização primária* é conceituada como “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 43). Refere-se, pois, ao processo de elaborar, aprovar e sancionar uma norma que criminaliza uma ou mais condutas. Esse programa de criminalização é exercido pelas agências políticas, representadas, no Brasil, pelo Legislativo, cujos representantes escolhem quais atos devem ser criminalizados, e pelo Executivo, que decide por sancionar ou não tal escolha.

Compreender o processo de criminalização primária implica refutar a perspectiva de que o crime seria um dado ôntico ou natural – premissa dos sistemas que não criticam a atribuição da qualidade de crime a um fato, como o finalismo e o causalismo – e perceber que o crime nada mais é que o produto de uma escolha política pautada em selecionar o que e quem deve ou não ser censurado penalmente. Nem mesmo as condutas mais repudiadas pela atual sociedade são essencialmente crimes, pois variam no tempo e no espaço. Como ilustração, Maria Kumagai (2023, p. 51-54) denota que a criminalização do estupro independentemente da posição social da vítima somente ocorreu, no Brasil, com o Código Penal de 1940 e, ainda assim, o texto original previa a extinção da punibilidade caso a vítima se casasse com o agente ou com terceiro. O aborto e o consumo de determinados entorpecentes são crimes no Brasil, mas não em outros países (Agência Brasil, 2023; Folha de São Paulo, 2015)⁵. Resquícios do jusnaturalismo permeiam o imaginário popular, justificando a crença de que há condutas que sempre foram e sempre serão criminalizadas. No entanto, não existe uma “lei natural e universal” que determina o que é ou não crime: tudo é construído e executado por interesses hegemônicos que regem nossa sociedade de conflitos, daí o entendimento de que a criminalização primária não é um mandamento, mas uma autorização para punir. E é o fato de ser mera autorização que explica sua mínima eficiência diante da cifra oculta e permite perquirir quais são os critérios de escolha das agências secundárias para apontar um determinado fato como criminoso e perseguir um determinado sujeito-autor, mas não outros tantos, semelhantes ou não, também abstratamente criminalizados.

Enquanto a criminalização primária é a seleção de condutas abstratas (normas), a *criminalização secundária* é a “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 43), esta realizada pelas agências executivas, como policiais e agentes penitenciários.

A distinção entre a criminalização primária e a criminalização secundária remete à compreensão da já referida *cifra oculta*, que traduz a diferença abissal entre a

⁵ Conforme as pesquisas referenciadas, o aborto já foi descriminalizado em seis países da América Latina e o porte de drogas para consumo pessoal não é considerado crime em oito países da América Latina.

quantidade de condutas criminalizadas que ocorrem em uma sociedade e a quantidade de delitos que chegam ao sistema de justiça criminal. Essa diferença se dá porque o programa de criminalização primária é imenso, enquanto a capacidade operacional das agências de criminalização secundária é muito limitada. Portanto, é um delírio cogitar que todos ou quase todos os delitos praticados diariamente chegam ou um dia chegarão ao conhecimento das agências policiais e judiciais. Nem mesmo a maioria. Qualquer tentativa de se alcançar tal controle resultou no fortalecimento do Estado de Polícia pelo incremento do aparato de segurança, sem qualquer saldo estatístico positivo. A bem da verdade, ainda que fosse possível um nível total de eficácia, a vida em sociedade se tornaria insustentável, pois a imensa maioria da população seria concretamente criminalizada, dado que quase todo cidadão já cometeu ao menos um crime durante a vida, como embriaguez ao volante, crimes contra a honra, omissão de socorro, sonegação tributária, subornos, falsidades, lesões, ameaças, evasão de divisas, etc (Zaffaroni, 2017, p. 26).

Os números atestam que a *cifra oculta* é um fator inevitável. Os delitos que mais resultam em encarceramento hoje no Brasil são crimes patrimoniais (furtos e roubos), tráfico de drogas e homicídios. No entanto, entre 2012 e 2022, a Polícia Civil de São Paulo em momento algum solucionou mais de 5% dos furtos e roubos por ano. Em 2022, segundo a Lei de Acesso à Informação, o estado somou 657.852 furtos, mas menos de 2% deles foram esclarecidos (Veja São Paulo, 2023). Se essa porcentagem já seria ínfima na hipótese em que os números oficiais representassem todos os crimes praticados, seria muito menor se contabilizados os delitos ignorados na *cifra oculta*, ou seja, aqueles que sequer foram oficializados, como nos casos em que não se registra Boletim de Ocorrência ou naqueles em que a vítima sequer recorre às autoridades policiais. No tocante às taxas de homicídios a situação não é muito diferente. Em 2012, a média nacional de homicídios esclarecidos variou entre 5% e 8%. Após diversos esforços empreendidos em um projeto nacional, essa média aumentou para 19%, sendo que 21 estados federativos ainda estavam abaixo de $\frac{1}{5}$ de esclarecimentos (ENASP, 2012). Dados recentes mais otimistas apontam que $\frac{1}{3}$ dos homicídios seriam esclarecidos (Instituto Sou da Paz, 2023), mas, mais uma vez, são desprezados os números da *cifra oculta*. Se nos crimes patrimoniais e nos homicídios, que apresentam vítimas concretas, já se constata um alto grau de seletividade, em crimes relacionados à Lei de Drogas – infrações que não deixam vestígios, e nos quais cada transação é abstratamente um crime individual – é provável que a criminalização concreta tenda a percentuais próximos de zero, apesar dos números absolutos de condenações.

Evidencia-se que a seletividade é estrutural, e não contingencial, pois a abissal e perpétua distância entre a criminalização primária e a secundária obriga a segunda a ser seletiva (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 51). Essa seletividade operada pelas agências policiais, no entanto, não é exercida de forma aleatória ou ocasional, mas conta com uma orientação muito específica, esta determinada por preconceitos sociais historicamente enraizados e pela burocratização própria das agências executivas.

Zaffaroni *et al.* (2017) apontam que as agências policiais atuam como qualquer outra instituição burocrática, elegendo a atuação mais simples e com menor tendência a gerar problemas. A seletividade discriminatória que opera sobre indivíduos criminalizados obedece a esses mesmos critérios. É mais simples perseguir e investigar crimes grosseiros ou toscos, facilmente detectáveis, que dispensam qualquer grau de sofisticação e, em regra, produzem lesões mínimas ao bem jurídico, como pequenos furtos ou tráfico de pequenas quantidades de drogas. Não por acaso, os autores de “obras toscas da criminalidade” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 46) possuem em comum o fato de pertencerem a classes sociais subalternas, com pouco ou nenhum acesso ao poder político e econômico.

A criminalização reiterada de pessoas sem poder e que praticam atos grosseiros engendra o *estereótipo criminal*, este fomentado pela atuação dos empresários morais⁶ e pautado em preconceitos sociais, raciais, etários, de gênero, entre tantos outros. Os vulneráveis à criminalização secundária são aqueles que, no imaginário popular, ostentam a “imagem pública do delinquente” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 46). Legitima-se, assim, o alvo preferencial da criminalização secundária: a polícia atua com o apoio de setores políticos e populares para “combater” indivíduos estereotipados, os quais são apresentados como seres cruéis e perigosos que devem ser detidos a qualquer custo.

No Brasil, o estereótipo criminal é o jovem negro, pobre e periférico, integrante de um grupo social que não tem acesso ao poder e que pratica os fatos chamados grosseiros. Por serem mais criminalizados, representam a maioria da população carcerária, viabilizando o discurso legitimador perverso de que esses indivíduos somente são mais criminalizados porque praticam crimes mais graves e porque são mais perigosos, alimentando um círculo vicioso.

A *seletividade discriminatória* recai não só sobre os criminalizados, ao legitimar quem será considerado autor de um crime, como também sobre os vitimizados, ao

⁶ O termo “empresários morais” foi designado por Howard Becker na obra “Outsiders”. Zaffaroni o menciona para indicar os membros que orientam a atuação seletiva das agências policiais, tais como os comunicadores sociais, políticos, religiosos, militantes, etc.

estabelecer quem serão as vítimas protegidas, e sobre os próprios policiais, que partem das mesmas classes vulneráveis dos outros dois.

A *seleção vitimizante* (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 54-55) também se fundamenta em preconceitos e discursos odiosos. Na nossa realidade periférica, as pessoas negras são as mais criminalizadas, e, também, são as menos assistidas quando vítimas de um crime. Para além do recorte racial, a seleção vitimizante obedece a outros recortes de estereótipos. Quanto ao gênero, as mulheres são mais vitimizadas do que os homens, o que explica a comum revitimização secundária de mulheres vítimas de crimes sexuais, por exemplo, em razão da vestimenta ou do local que frequentam. No aspecto social, a seletividade vitimizante é evidenciada pela maior segurança nas áreas nobres em detrimento das periferias, nas quais a atuação policial está muito mais relacionada à criminalização do que à segurança da comunidade.

A *seleção policizante* consiste na seletividade inscrita no “processo de seleção, treinamento e condicionamento institucional ao qual se submetem os operadores das agências policiais” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 56) e, aqui, também recai preferencialmente sobre homens jovens, negros e periféricos inseridos nas patentes inferiores das corporações policiais. Os baixos salários, o péssimo treinamento e os altos riscos aos quais esses agentes são submetidos geram diversas implicações, como a busca por outras fontes de renda, altíssima letalidade, isolamento da própria classe social, desprezo pelas classes médias e, claro, o estereótipo policial, repleto de preconceitos.

Zaffaroni *et al.* (2017, p. 58) elucidam que o discurso legitimador, ao orientar a seletividade discriminatória e projetar a imagem bélica de que é preciso combater a criminalidade violentamente, propicia que o poder punitivo atue exercendo um genocídio entre vulneráveis, independentemente da posição que esses sujeitos estereotipados ocupem no conflito penal:

Se considerarmos que os criminalizados, os vitimizados e os policizados (ou seja, todos aqueles que sofrem as consequências desta suposta guerra) são selecionados nos estratos sociais inferiores, cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma auto-destruição.

Diante desses massacres institucionalizados, a perspectiva redutora clama pela construção de “um saber que permita ajudar as pessoas criminalizadas a reduzir seus níveis de vulnerabilidade ao sistema penal” (Zaffaroni, 1988, p. 26, tradução nossa), buscando refrear seletividades discriminatórias. Ao ilustrar a metáfora dos diques de contenção, que serviriam como filtros ou comportas seletivas programados pelo Direito Penal para filtrar as correntes mais irracionais do Estado de Polícia e impedir que essas águas transbordem pelo Estado de Direito, Zaffaroni conclui que cabe ao Direito Penal “opor ao poder punitivo uma seletividade com sinal trocado, configurando perante ele uma contra-seletividade” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 157). Uma política criminal redutora poderia cuidar, ainda, da seleção vitimizante e policizante.

3.3. TEORIA AGNÓSTICA OU NEGATIVA DA PENA

O discurso legitimador atribui à pena *funções positivas*, assim denominadas porque, a princípio, contribuem para melhorar a sociedade ou o indivíduo desviante. Cada uma dessas funções positivas está atrelada às *funções manifestas da pena*, ou seja, às funções que o poder estatal declara ou expressa oficialmente para exercer a persecução penal (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 93).

As funções manifestas são classificadas em dois principais modelos: as teorias absolutas conferem à pena a função de retribuição, enquanto as teorias relativas imputam à pena a função de prevenção de crimes. A prevenção pode ser especial, quando os efeitos da pena pretendem atuar sobre os indivíduos criminalizados, ou geral, quando pretendem operar na sociedade como um todo (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 115).

A partir da premissa da sociedade de conflitos e da seletividade penal estrutural, verifica-se que a pena não se dirige a todos os cidadãos indistintamente, de forma a garantir uma suposta retribuição e prevenção de crimes, mas se erige de modo a reafirmar o estereótipo de criminoso atribuído à clientela preferencial da criminalização secundária. A prevenção voltada à sociedade em geral, seja persuadindo pessoas a não cometerem crimes, seja reafirmando a norma, tampouco esboça qualquer certeza de sua eficácia. Como demonstrado, o amplo programa de criminalização primária suscita, de um lado, que quase toda a população cometa um ou mais delitos rotineiramente, de outro, que apenas uma parcela ínfima seja penalizada.

Portanto, os dados sociais revelam que as teorias legitimadoras são meros discursos falaciosos. Não se nega que a pena eventualmente cumpra uma ou outra função positiva, mas isso somente ocorre de forma ocasional e isolada: é como um relógio de ponteiro que, mesmo parado, acusará a hora certa duas vezes ao dia, mas que nas demais será absolutamente ineficaz. Para além de não se comprovarem empiricamente, as funções manifestas legitimam não só a sanção penal, como também o poder punitivo, ocultando seu real exercício, muitas vezes ilegítimo (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 96). Zaffaroni opta, assim, por renunciar às teorias legitimadoras da pena.

Além de negar as teorias apresentadas, o autor também prescinde da busca pelas funções latentes ou reais da pena, ou seja, aquelas que estão ocultas no discurso oficial. Em referência a Garland, Zaffaroni defende que “a pena é um fenômeno social, total, essencialmente complexo” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 98). Portanto, as funções reais da pena podem variar conforme o conflito que a engendrou, o indivíduo ao qual é aplicada ou o poder punitivo que a exerce em determinado tempo e espaço. Pela complexidade e profusão das funções reais da pena, que podem variar desde a manutenção de um modo de produção até a externalização de um sentimento de vingança, Zaffaroni admite não ser possível conhecer a totalidade delas e, então, abdica de construir uma teoria da pena baseada em uma única função real ou presente em todas elas (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 98-99).

Diz-se que a teoria zaffaroniana da pena é *agnóstica* porque confessa não conhecer as funções da pena (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 99), quer porque renuncia às funções manifestas, quer porque admite a impossibilidade de dominar todas as funções reais.

Mas, como é preciso construir institutos de contenção e racionalização do poder punitivo para que se alcance o fim teleológico do Sistema Penal Redutor, Zaffaroni absorve um conceito deslegitimador de pena a partir da concretude do mundo, buscando reconhecer na pena todas as dimensões do poder punitivo – seja formal ou informal, lícito ou ilícito –, pois apenas se limita aquilo que se conhece. Propõe, então, a conceituação da pena como “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 99).

Assim, denomina-se *teoria negativa* porque, de um lado, refuta qualquer função positiva à pena, expressando que apenas inflige dor e restringe direitos, e, de outro, pois trata-se de um conceito por exclusão, dado que concebe como pena toda violência estatal que não repara ou restitui (direito civil) nem detém ou impede um processo lesivo em curso

(coerção administrativa direta) (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 99). O conceito negativo de pena amplifica o que ela efetivamente é (ser), deixando de limitar-se ao que “deveria ser” (dever ser), e impõe que o que ela é deve ser reconhecido pelas decisões judiciais, repercutindo na limitação do poder punitivo (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 100).

Embora a absorção do conceito negativo de pena seja uma proposta imediata, não se pode perder de vista a necessidade de deslegitimar todo o discurso que o fundamenta, desde a criminalização primária à execução da pena e à estigmatização do egresso. Nesse sentido, na execução penal, Rodrigo Martins (2023), após analisar extensamente a aplicação prática da pena privativa de liberdade no Brasil e contrastá-la com a legislação vigente, denuncia que “o discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena (...) não cumpre nenhum dos requisitos de racionalidade” (Martins, 2023, p. 263), pelo que a solução não está em aplicar as finalidades manifestas pelo discurso, mas em alterar o próprio discurso, deslegitimando-o.

3.4. PLANIFICAÇÃO DA REALIDADE: A NEGAÇÃO DO “PENSAMENTO MÁGICO”

As três premissas anteriores revelam que o Sistema Penal Redutor deve operar com a planificação da realidade. Para isso, deve negar o discurso jurídico-penal legitimador e todas as idealizações que o sustentam, refutando as posições hegemônicas que conferem ao Direito Penal as funções de manter as expectativas de uma sociedade consensual, acabar com a impunidade, fazer justiça e/ou prevenir crimes.

Zaffaroni (2017, p. 16-19) ensina que o sistema penal somente será legítimo quando o discurso jurídico-penal for racional, ou seja, coerente e verdadeiro quanto à operatividade social. Para além da coerência interna, então, é preciso considerar os dados das ciências sociais e da criminologia para entender a realidade empírica tal como ela é (Aniyar de Castro, 2005, p. 125) e, a partir disso, construir um sistema normativo (“dever ser”) que pode “vir a ser” (Zaffaroni, 2017, p. 19), abdicando de modelos ideais, pautados em um “mundo simplificado do dever ser que não é, e nunca chegará a ser” (Zaffaroni, 2021, p. 21).

A necessidade de se ocupar da realidade concreta ganha ainda mais relevo no contexto latino-americano, dada a disparidade material entre os países inseridos no centro da economia global e os países relegados à dependência, os quais, ainda hoje, absorvem

elementos teóricos punitivos dos países centrais sem se preocupar com as anomalias práticas de tais transposições (Zaffaroni, 2017, p. 160-161).

A partir disso, Zaffaroni propõe a construção de saberes e discursos pautados no *realismo marginal*, ou seja, no contexto da periferia do mundo, com todas as peculiaridades que enfrentamos, como o colonialismo e o neocolonialismo, os massacres e “genocídios por gotejamento” (Zaffaroni, 2021, p. 38), a miséria, a desigualdade abissal, etc.

“Realismo”, na perspectiva de Zaffaroni (2017), visa designar o “material do mundo”, ou seja, tudo aquilo “que existe fora e independente de nós”, negando “realidades inventadas” para construir um discurso real e impulsionar “uma práxis redutora da violência” (Zaffaroni, 2017, p. 161-162). “Marginal” em referência tanto à localização periférica do globo quanto à situação de marginalização em que vive a grande maioria da população latino-americana, “marginalizada do poder, mas objeto da violência do sistema penal” (Zaffaroni, 2017, p. 164-165).

A planificação da realidade nos permite questionar alguns mitos do discurso jurídico-penal legitimador.

Um deles é a crença de que seria possível acabar com a impunidade, o que despreza de forma rasteira a seletividade estrutural presente em toda sociedade contemporânea, mas muito mais acentuada em realidades desiguais como a nossa. Como já demonstrado, a eficácia do programa de criminalização primária sempre será diminuta, pelo que a criminalização secundária sempre será a exceção e a impunidade, a regra. O apelo por maior repressão com o objetivo de acabar com a impunidade, portanto, não passa de um discurso político-midiático vazio, fantasioso e inapto a diminuir a violência social. A planificação da realidade nos permite partir dessa premissa para construir soluções mais eficientes e racionais.

Um segundo exemplo é o mito do legislador racional e imparcial, comumente invocado quando se pretende justificar a interpretação de uma norma como “o sentido que o legislador quis dar” a ela, como se tal sujeito detivesse uma vontade passível de ser magicamente revelada pela dogmática (Copetti, 2000, p. 37-44). No Brasil, as candidaturas legislativas são financiadas pelas elites econômicas, que elegem a maior parte dos membros do Congresso Nacional a partir do orçamento privado. É evidente, portanto, que os legisladores eleitos assumem compromissos e projetos compatíveis com essas classes, o que, no âmbito penal, representa a absoluta manutenção do *status quo*. Zaffaroni explica que esse “pensamento mágico” do legislador racional surge pela deliberada “confusão dos planos

normativo e fático”, de modo que a idealização de que “o legislador deve ser racional transmuta-se na ficção de que o legislador é racional” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 155-156).

Um terceiro exemplo é a questão carcerária. Reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” na ADPF 347, não há antagonismo sobre o ambiente indigno e deletério do cárcere no Brasil, o que desde logo recomendaria como imperativo ético, jurídico e racional-econômico a redução do encarceramento. No entanto, os números demonstram o contrário. O argumento encarcerador se impõe sob a promessa de que “basta providenciar mais vagas”, ou “basta melhorar as condições do cárcere”, como fosse possível e providência iminente, que demandaria apenas algum interesse político, o que não é verdadeiro. Conforme dados do SENAPPEN (2022), há cerca de 832 mil presos no país, mas apenas 477 mil vagas, e ainda temos mais de 330 mil mandados de prisão em aberto (CNJ, 2024). Se desde o início do sistema penitenciário brasileiro alcançamos “apenas” 477 mil vagas, não é factível elaborar projeção estatística que permita duplicar tal número a curto, médio ou até longo prazo. Vivemos em um país periférico, com grande demanda de prestações públicas em saúde, educação, saneamento e emprego, assim, não há horizonte que admita o investimento colossal no setor penitenciário que “providencie número suficiente de vagas” ou que melhore sensivelmente a situação carcerária. É necessário afastar o pensamento mágico sobre a melhora nas condições das prisões para que o superencarceramento possa ser discutido de forma racional e humana, como determinam os cânones de um Estado Democrático de Direito. Como dito, o Sistema Penal Redutor se propõe a analisar propostas que “não são, mas podem vir a ser”, desprezando o “dever ser que nunca será”.

4. A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA PENAL REDUTOR

O *Sistema Penal Redutor* somente poderá ser construído e adotado pelos operadores do sistema penal a partir da elaboração de saberes que tenham sua mesma intencionalidade expressa: conter e reduzir o poder punitivo.

Zaffaroni explica que a criminologia é o saber mais hábil a descortinar a funcionalidade real do poder penal no realismo marginal, pois seus contributos são capazes de fornecer dados sociais concretos que nos permitem compreender os processos de criminalização e o funcionamento do aparato punitivo para além do discurso declarado. Portanto, tal estudo torna-se um importante instrumento para a programação do Sistema Penal Redutor, construindo saberes e elaborando críticas que possibilitam uma estrutura dogmática

e uma política criminal (em sentido amplo e estrito) aptas a reduzir e a racionalizar a violência do poder punitivo de forma imediata, e, no futuro, alcançar sua total superação, com a substituição da punição por formas alternativas e efetivas de resolução de conflitos (Zaffaroni, 2017, p. 171-172).

A partir do substrato criminológico, será possível reconhecer formalmente a dinâmica da sociedade de conflitos e a incapacidade do sistema penal em resolvê-los, a seletividade discriminatória estrutural, a ilusão das finalidades manifestas da pena, a violência do poder punitivo formal e informal (paralelo e subterrâneo), dentre tantas outras revelações aptas a deslegitimar o sistema penal e também o discurso jurídico que o escora (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 74-75).

A admissão desses dados concretos indica que serão necessários três principais caminhos para a deslegitimação punitiva: aderir à “criminologia das táticas de resistência” para resistir à violência histórica do poder punitivo na nossa margem (Zaffaroni, 2021, p. 121); aplicar medidas político-criminais que espelhem objetivos realizáveis (Zaffaroni, 2017, p. 174-178); e, fundamentalmente, aderir a uma dogmática que tenha como premissa a deslegitimação do poder punitivo - o *Direito Penal Redutor*.

Para além da atividade prática da criminologia e da política-criminal, o processo de deslegitimação demanda a construção de um novo discurso jurídico e de um novo sistema penal que consagrem a deslegitimação do poder punitivo (Zaffaroni, 2017, p. 172). Como consequência, o *Direito Penal Redutor* deve, a partir dos dados fornecidos pela criminologia, integrar estruturas dogmáticas capazes de orientar as decisões judiciais, pautadas sempre no escopo de limitar o poder punitivo.

Em um Estado Democrático, todo poder precisa ser controlado e, na perspectiva redutora, quem deve exercer a contenção do poder punitivo são os juízes e demais detentores do saber/poder jurídico, pois não há como esperar tal função dos integrantes das demais agências. Os membros do Legislativo detêm poder, motivo pelo qual são grandes interessados na manutenção do sistema tal como ele opera. Os membros das agências persecutórias executam a punição e exercem a maior parte da seletividade, influenciadas pelo populismo punitivo do poder político-midiático. Portanto, chegará às agências judiciais a parcela ínfima dos casos que já foram selecionados pelas demais agências, restando aos juízes a atuação racional e contrasseletiva dos casos concretos (Lourenço Felipe, 2023, p. 21-22). Para a crítica redutora, então, a função do julgador não é punir, mas conter e limitar o poder punitivo, de forma a impulsionar o Estado de Direito (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 40):

O sistema orientador que é proposto aos juízes deve ter por objeto conter e reduzir o poder punitivo. Não são os juízes que exercem o poder punitivo, mas sim as agências executivas, de acordo com o maior ou menor espaço que lhes concedam as agências políticas (legislativas) e que o poder jurídico (judicial) não lhes pode suprimir. O poder de que os juízes dispõem é de contenção e, às vezes, de redução. A mais óbvia função dos juízes penais e do direito penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.

Para conter e limitar o poder punitivo, as agências judiciais devem ser orientadas por esse sistema decisório denominado *Sistema Penal Redutor*, integrado por *standards* teóricos da dogmática penal e processual penal, que somente poderão ser largamente desenvolvidos na Academia. A proposta redutora, então, é que as Universidades deixem de ser meras “reprodutoras ideológicas” do discurso jurídico-penal legitimador e passem a protagonizar a construção de saberes dogmáticos racionais e contrasseletivos, que orientarão a decidibilidade judicial (Zaffaroni, 2022, p. 28).

Iniciativas de Zaffaroni para a dogmática penal redutora podem ser observadas, a título de exemplo, pelas proposições da tipicidade conglobante (Zaffaroni *et al.*, 2010, p. 212 e ss.) e da culpabilidade por vulnerabilidade (Zaffaroni, 2017, p. 267 e ss.). Coerente com a proposta zaffaroniana, Julia Sadalla (2022) propõe a construção redutora do conceito de “bem jurídico-penal”, que reconhece a premissa do conflito, e não do consenso, como ponto de partida para a análise do “bem jurídico afetado”. A autora sugere que a lesividade do bem-jurídico seja analisada não só em toda a estrutura analítica do crime, como também na individualização da pena, e sempre medida pela seletividade discriminatória, visando a aplicação racional e contrasseletiva do conceito pelo Judiciário.

Há ainda muitos outros institutos e elementos da dogmática penal, processual penal e da política criminal a serem construídos e repensados no marco de um sistema penal que expresse teoricamente “que o que é não deve ser, e operar, através das agências jurídicas, para que deixe de ser no menor tempo possível” (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 658).

5. CONCLUSÃO

O sistema punitivo não cumpre suas promessas. Não impede crimes, não comunica sensação de segurança, não faz justiça e não “res”socializa condenados. Apesar da perene frustração, recebe todos os dias novas chances e poderes, invariavelmente com autorização para doses ainda maiores do mesmo remédio: sofrimento para os processados e condenados. É reconhecidamente desumano (ADPF 347), seletivo e discriminatório, o que é incompatível com um Estado Democrático. Desfuncional e não democrático, poderia ser extinto, mas não será, ao menos por enquanto. Em uma sociedade de conflitos, a arma penal persistirá como instrumento de opressão na mão do grupo hegemônico. Pior: se extinto o Direito Penal, a violência inerente ao poder não teria filtros que a impedissem de aniquilar vulneráveis.

O contraponto é trazido pelo Sistema Penal Redutor. Tendo como premissa a sociedade de conflitos, a proposta redutora exige compreensão crítica da realidade punitiva, produto da moderna criminologia, e está ancorada na necessidade de construir um arcabouço normativo adequado à realidade marginal brasileira. Não admite o pensamento mágico, “o dever ser que nunca será”, e exige contextualização com a realidade marginal para denunciar problemas e propor soluções factíveis, racionais, legítimas e eficientes.

Compreendidas suas premissas, é imensurável sua capacidade de rendimento, que pode e deve permear não apenas a dogmática penal, objetivo mais evidente, mas também o processo penal, a análise criminológica e a planificação político-criminal.

A inspiração humanista e contrasseletiva permite concluir que a proposta redutora é aquela que mais se aproxima de transformar o que hoje concebemos como Direito Penal. A proposta não está em aprimorá-lo como instrumento de violência, mas em erguer um Direito Penal que viabilize a redução da opressão a partir de saberes teleologicamente orientados para esse fim e, ao cabo, alcançar modelos de solução de conflitos democráticos e eficazes, que serão sempre melhores do que a violência do poder punitivo.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA BRASIL, **Onda verde propõe debate sobre aborto em países onde é criminalizado**. Publicado em 28 de set. de 2023. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-09/onda-verde-propoe-debate-sobre-aborto-em-paises-onde-e-](https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-09/onda-verde-propoe-debate-sobre-aborto-em-paises-onde-e-criminalizado#:~:text=Segundo%20a%20ONG%20americana%20Center,%20e%20Cuba%20(1968).)

[criminalizado#:~:text=Segundo%20a%20ONG%20americana%20Center,%20e%20Cuba%20\(1968\)](https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-09/onda-verde-propoe-debate-sobre-aborto-em-paises-onde-e-criminalizado#:~:text=Segundo%20a%20ONG%20americana%20Center,%20e%20Cuba%20(1968).). Acesso em 25 de jan. de 2024, às 15h24.

ANIYAR DE CASTRO. Lola. **Criminologia da Libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição, 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2017.

BINDER, Alberto. **Análisis Político Criminal**. Buenos Aires - Bogotá: Astrea, 2015.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas BNMP Nacional**. Portal do BNMP 2024 Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em 22 de fevereiro de 2024, 18h45.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ENASP - Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública, **Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relatorio_Enasp_-_FINAL_-_web.pdf. Acesso em 25 de janeiro de 2023, às 19h57.

FOLHA DE SÃO PAULO, **O porte de drogas para consumo pessoal não é crime em oito países da América Latina**. Publicado em 09 de set. de 2015. Atualizado em 10 de set. de 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml>. Acesso em 25 de janeiro de 2024, às 15h47.

INSTITUTO SOU DA PAZ, **Brasil esclareceu apenas 1 em cada 3 homicídios nos últimos 7 anos**; veja série histórica do estudo. Publicado em 12 de dez. de 2023. <https://soudapaz.org/noticias/brasil-esclareceu-1-em-cada-3-homicidios-nos-ultimos-7-anos-veja-serie-historica-do-estudo/>. Acesso em 25 de janeiro de 2024, às 21h20.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; SANTOS, Thales Messias dos. **O Princípio da Insignificância sob Perspectiva Redutora**. Delictae, São Paulo, v. 8, n. 14, Jun-Jun.2023, p. 72-100. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/217/150>.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023.

KUMAGAI, Maria Fumiko Sampaio. **Violência, Gênero e Igualdade: compreensão crítica do crime de estupro no Brasil**. 2023. 202 f. Dissertação (Mestrado). Curso de Direito, Direito Penal, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023.

LOURENÇO FELIPPE, Carmen Lucia. **A perspectiva contrasseletiva do Direito Penal Redutor**. Boletim IBCCRIM, 31(372), 2023, 20–22. <https://doi.org/10.5281/zenodo.10038236>.

MARTINS, Rodrigo de Azevedo. **Finalidades da pena: do discurso à operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil**. 1 ed. São Paulo: D'Plácido, 2023.

QUINNEY, Richard. **Classe, Estado e Crime**. Tradução de Gustavo de Souza Preussler e outros. Curitiba: Editora Ithala, 2016.

SADALLA, Julia Baroli. **Bem jurídico penal: Uma construção redutora**. 2022. 279 f. Dissertação (Mestrado). Curso de Direito, Direito Penal, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

SENAPPEN – Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário**, período de julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTQ2ZDc4NDAtODE5OS00ODZmLTlhYTEtYzI4YTk0MTc2MzJkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectionb520cc726db6179d4e81>. Acesso em 22 de fevereiro de 2024, 18h32.

SILVA SANCHES, Jesus Maria. **A Expansão do Direito Penal**. 3ª ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2013.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. _____ . **Crime, crença e realidade**. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2022.

VEJA SÃO PAULO, 2023. **Polícia só esclarece 4% dos furtos por ano em São Paulo**. Publicado em 12 de maio de 2023. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/policia-so-esclarece-4-dos-furtos-por-ano-em-sao-paulo/>. Acesso em 25 de janeiro de 2024, 18h24.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coleção saberes críticos. Coord.: Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: 2012.

_____. **A questão criminal.** Tradução: Sérgio Lamarão. 1 ed., 2 reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

_____. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro.** Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2021.

_____. **Criminología: aproximación desde un margen.** Bogotá: Temis, 1988.

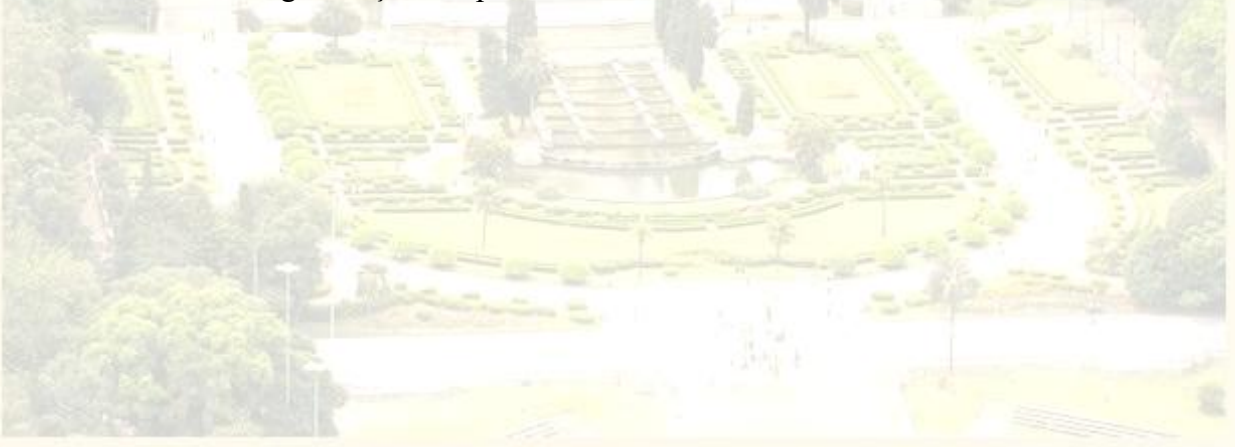
_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 5. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

_____. **Hacia un realismo jurídico penal marginal.** Buenos Aires: Olejnik, 2022.

_____. **O inimigo no Direito Penal.** Trad.: Sérgio Lamarão. 3ª edição, 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Editora Revan, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, Vol. I: Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2017.

_____. **Direito Penal Brasileiro, Vol. II, I: Teoria do Delito: Introdução Histórica e Metodológica, Ação e Tipicidade.** Rio de Janeiro: Revan, 2010.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

JOACHIM HIRSCH E O FETICHISMO DA FORMA POLÍTICA

JOACHIM HIRSCH AND THE FETISHISM OF POLITICAL FORM

Victor Silveira Garcia Ferreira¹

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-5087-9535>

Submissão: 18/06/2025

Aprovação: 07/07/2025

RESUMO:

O objetivo deste artigo consiste em abordar a interpretação de Joachim Hirsch sobre o fetichismo da forma política, valendo-se de sua teoria materialista do Estado. Para tanto, analisa-se a especificidade histórica do Estado, bem como as condições materiais que determinam o modo pelo qual o aparato político é representado como uma instância acima da sociedade, descolada das relações de produção capitalistas. Na sequência, busca-se extrair desdobramentos mais determinados do fetichismo, com o desenvolvimento do processo de *personificação* do Estado, por meio do qual seus agentes institucionais tornam-se suportes (*Träger*) das relações políticas que representam.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Forma-política. Fetichismo. Personificação.

ABSTRACT:

The aim of this article is to address Joachim Hirsch's interpretation of the fetishism of the political form, drawing on his materialist theory of the State. To this end, the historical specificity of the State is analyzed, as well as the material conditions that determine the way in which the political apparatus is represented as an instance above society, detached from capitalist relations of production. Next, the aim is to extract more specific developments of

¹ Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), em parceria com a UNINTER. Bacharel em direito pela PUC-SP. Advogado. E-mail: victor.sgferreira@usp.br - **Ark:/80372/2596/v16/014**

fetishism, with the development of the process of personification of the State, through which its institutional agents become supports (Träger) of the political relations they represent.

KEYWORDS: State. Political Form. Fetishism. Personification.

1. INTRODUÇÃO

Joachim Hirsch é um cientista político alemão e professor da Johann Wolfgang Goethe University Frankfurt, que desde o início da década de 1970 desenvolve reflexões junto ao debate da derivação² do Estado, campo teórico do qual é o principal expoente. Seu pensamento é construído a partir da interlocução com teóricos do marxismo ocidental (especialmente Gramsci, Althusser e Poulantzas) e da chamada Escola Francesa da Regulação, dos quais recebe influências e, ao mesmo tempo, se distancia em diversos aspectos, adotando uma postura crítica em relação à insuficiência das teorias do Estado elaboradas por tais autores³.

Desde o início de seu engajamento no debate da derivação, Hirsch busca delinear a *especificidade* do Estado ao modo de produção capitalista, isto é, seu acoplamento estrutural às relações de produção, de modo a afastar as interpretações a-históricas e instrumentalistas⁴ que cercavam o fenômeno político-estatal, inclusive no âmbito da crítica marxista. No entanto, embora seu pensamento esteja situado neste quadrante de discussão, é possível identificar duas fases na elaboração teórica do autor alemão⁵.

A primeira delas, iniciada com a publicação do texto *Elementos para uma teoria materialista do Estado*, em 1973, identifica o aparato político como o organizador do caráter anárquico do capitalismo, assumindo o papel de terceiro (às classes) que concretizaria os interesses da burguesia sob a forma de interesses gerais. Mas, já a partir de 1974, Hirsch inicia um processo de reformulação de sua teoria e, ao incorporar as contribuições de Evguíeni Pachukanis, inaugura um novo caminho de compreensão da derivação da forma

² Tal orientação teórica é originada nos anos 1970, na Alemanha, a partir de um artigo de Wolfgang Muller e Christel Neusu, intitulado “A ilusão do Estado Social e a contradição entre trabalho assalariado e capital”. Após, diversos outros autores alemães se integraram à referida perspectiva, dentre os quais se destacam Elmar Altvater, Joachim Hirsch e Hans Kastendiek. O sentido do termo derivação diz respeito ao fulcro deste campo, que se debruça sobre o modo como a forma-política deriva das relações sociais do capitalismo. Ver: CALDAS, Camilo Onoda. *A teoria da derivação do Estado e do direito*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 31-33.

³ OSÓRIO, Luiz Felipe Brandão. *Hirsch, Estado, Imperialismo e Relações Internacionais*. Crítica Marxista, n. 46, 2018, p. 153-154.

⁴ “Estado como instrumento da classe dominante”.

⁵ CALDAS, Camilo Onoda. *A teoria da derivação do Estado e do direito*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 112-113.

política, que se consolida com a publicação de *O problema da dedução da forma e da função do Estado burguês* e, posteriormente, *Teoria materialista do Estado*.

Então, distanciando-se da noção do Estado como ente conjugador de interesses individuais, o autor alemão passa identificar a forma política como derivada da “natureza das relações sociais de dominação da sociedade capitalista”⁶, cujas formas sociais exigem a particularização de uma esfera política alheia ao domínio econômico, de modo a afastar vínculos de dominação forjados pela força bruta. Sem tal arranjo político necessário e integrante das relações de produção, não haveria a possibilidade de extração de mais-valor mediante liames contratuais.

Apesar de a elaboração teórica madura de Hirsch dialogar diretamente com a teoria do fetichismo de Marx, anelando-a à sua leitura dos processos de constituição e reprodução das formas sociais, poucos são os esforços teóricos que buscaram extrair seus desdobramentos específicos para o campo do Estado. Afinal, diante das diversas referências invocadas pelo teórico alemão, seria possível sustentar-se um fetichismo da forma política, tal qual o fetichismo da mercadoria?

Desse modo, e considerando a incipiência da temática para a crítica marxista do Estado e do direito, o objetivo deste artigo consiste em abordar o modo pelo qual Hirsch encara o fetichismo da forma política, adotando como referencial o livro *A teoria materialista do Estado*. Para além de extrair a interpretação do autor, buscar-se-á desenvolver como a representação social do Estado constitui as práticas sociais de seus agentes, que atuam como *suportes* ou *personificações* de relações político-estatais.

2. O FETICHISMO DA FORMA POLÍTICA

Hirsch desenvolve uma teoria materialista do Estado nos mesmos moldes em que Marx realiza sua crítica da economia política em *O capital*, buscando desnudar as relações sociais que expressam as categorias burguesas a respeito do fenômeno político. Assim como a mercadoria é qualificada como mero objeto, também o Estado é usualmente decifrado como uma coisa ou uma associação racional, sem qualquer alusão ao fato de que se trata de um conjunto específico de relações sociais. Conforme explicita Hirsch, a base material do Estado é fetichizada, razão pela qual as estruturas sociais que lhe dão fundamento

⁶ HOLLOWAY, JOHN. *Debates marxistas sobre el Estado en Alemania Occidental y en la Gran Bretaña*. Op. cit., p. 236.

não aparecem no âmbito dos fenômenos políticos ordinários. A tarefa da crítica do Estado, nesse sentido, consiste em “entender as instituições e os processos políticos como expressão de relações de domínio e exploração, bem como os conflitos e as lutas delas resultantes, e que lhe são opacas”⁷.

Hirsch adverte, a princípio, que o Estado não pode ser confundido com os arranjos políticos que existiram antes do capitalismo, nos modos de produção pretéritos. É fato que a dominação política se tornou uma constante histórica desde o momento em que as mais diversas divisões sociais do trabalho foram orientadas para a geração de um *sobreproduto*, isto é, um excedente produtivo que vai além das necessidades de consumo daquela sociedade. Esta configuração social não apenas produz a exploração em um contexto de classes antagônicas, como também forja modos de controle político. A grande questão é que essas relações econômicas e políticas assumem contornos específicos a depender do modo de produção e de apoderamento da produção excedente⁸.

Apesar das distinções relacionais existentes entre os modos de produção escravista e feudal, ambos apresentavam uma característica comum em termos de coesão social: a classe dominante detinha tanto o poder econômico quanto o político, os quais se misturavam. Em outras palavras, o mesmo senhor que se apropriava do *sobreproduto* (seja pela tradição feudal ou pelo mando direto sobre os escravos) também dispunha do aparato bélico que lhe atribuía as condições de valer-se da força física. No caso do feudalismo, por exemplo, “os produtores diretos que dispunham dos seus próprios meios de produção eram obrigados a pagar o tributo aos seus senhores – em último caso, pela força”⁹. Se a produção excedente não fosse entregue ao senhor feudal, os meios de coerção política eram acionados para compelir os servos a fazê-lo.

O surgimento do capitalismo inaugurou uma disposição social peculiar em relação aos modos de produção pretéritos. A economia e a política foram dissociadas, assumindo espaços próprios, separados uns dos outros. De um lado, consolida-se uma esfera na qual são estabelecidos vínculos privados entre proprietários que fazem circular as mercadorias, incluindo-se a força de trabalho. De outro, edifica-se uma esfera terceira em relação às classes e agentes sociais, na qual desenvolvem-se relações políticas que, tomadas em conjunto, constituem o Estado. Segundo Hirsch, “O ‘Estado’ e a ‘sociedade’, o ‘público’ e o ‘privado’ separam-se em esferas particulares. Somente então se pode falar de ‘Estado’ como

⁷ HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 20.

⁸ *Ibidem*, p. P. 23.

⁹ *Ibidem*, p. 23.

algo diferente das outras formas de dominação política”¹⁰. Mas, afinal, por que razão o Estado assume uma forma separada da economia? Ou, nos termos da indagação de Pachukanis, referenciada por Hirsch:

*Por que a dominação de classe não se apresenta como é, ou seja, a sujeição de uma parte da população à outra, mas assume a forma de uma dominação estatal oficial ou, o que dá no mesmo, por que o aparelho de coerção estatal não se constitui como aparelho privado da classe dominante, mas se destaca deste, assumindo a forma de um aparelho de poder público impessoal, separado da sociedade?*¹¹

Hirsch explica a especificidade do Estado a partir da dinâmica das formas sociais que constituem o modo de sociabilidade no capitalismo. Nesse contexto marcado pela produção em regime de propriedade privada e pela troca de mercadorias, as relações sociais não se estabelecem de modo direto e consciente, mas apenas mediante formas reificadas, que se manifestam como uma relação entre coisas: a “relação social se exterioriza bem mais em formas sociais coisificadas, exteriores e oposta a eles [os indivíduos]”¹². Embora o pensador alemão não faça referência a Isaak Rubin, há de se notar que sua concepção se assemelha àquela do economista soviético, uma vez que aponta para o fato de que as formas sociais se aderem às coisas e, então, passam a ditar os padrões relacionais dos sujeitos. Nos termos da definição de Hirsch:

Formas sociais caracterizam relações objetivas exteriores e reificadas face aos indivíduos, em que a sua ligação social manifesta-se disfarçada, não transparente. Sob as condições capitalistas, a sociabilidade não pode ser gerada de outro modo. As relações entre os indivíduos devem assumir o aspecto de relações objetivadas, ou seja, a própria existência social aparece para o indivíduo como

¹⁰ *Ibidem*, p. 23.

¹¹ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 143.

¹² HIRSCH, Joachim. Op. cit., p. 27.

coisa, como 'fetiche' difícil de ser visualizado, ocultando aquilo que o engendra e o move.¹³

Assim, a forma do valor constitui a expressão da equiparação social dos trabalhos realizados em âmbito privado, mas se expressa como uma propriedade intrínseca do produto do trabalho, opondo-se ao indivíduo como um dado natural que, por sua vez, determina seu movimento social. A dinâmica do valor, corporificada pela forma-dinheiro (equivalente geral), domina os sujeitos a ponto de fazer com que eles, uma vez separados dos meios de produção, se submetam voluntariamente à exploração e produzam mais-valor (*sobreproduto*). A socialização capitalista enseja a articulação das relações de produção enquanto troca de equivalentes, de modo que a forma do valor exerce coerção indireta para que os sujeitos se submetam “livremente” às relações de capital: aqui está a chave para a compreensão da forma política.

As relações sociais do capitalismo não se coadunam com o uso da força direta pela classe dominante. Caso o *sobreproduto* fosse arrancado diretamente do trabalhador, mediante força bruta, os pressupostos mercantis seriam destruídos. O arbítrio direto é incompatível com o cenário de vínculos jurídicos, mediados pela propriedade abstrata do valor. Para que as coisas tomem a forma de mercadoria e os indivíduos assumam a forma de subjetividade jurídica, faz-se necessário que todos sejam submetidos a uma mesma estrutura pública e impessoal, razão pela qual o aparato de força física deve ser desvinculado das classes sociais, assumindo, fundamentalmente, o papel de fiador impessoal da propriedade privada dos meios de produção. Diz Hirsch:

Livre troca de mercadorias no mercado, concorrência e liberdade formal dos assalariados para vender sua força de trabalho só podem ser garantidas caso a classe economicamente deva renunciar à aplicação direta dos meios de força, tanto frente aos assalariados como no seu próprio interior; ou seja, quando as lutas concorrenciais não são travadas com armas e quando a força de trabalho não é recrutada coercitivamente. Apenas sob tais

¹³ *Ibidem*, p. 30.

*pressupostos é que a sociedade capitalista pode ganhar estabilidade e se desenvolver.*¹⁴

Mas a forma política não se limita à terceirização da coerção física, uma vez que também abarca a objetivação da comunidade política do capitalismo, na medida em que uma sociedade concorrencial somente pode estabelecer laços e convenções sobre assuntos gerais e comuns por meio de uma instância política exterior às classes e às disputas econômicas desencadeadas pela lógica do valor¹⁵. Hirsch estabelece um paralelo com a forma do valor, aduzindo que, assim como a expressão do trabalho social se volta contra os sujeitos como uma força coercitiva exterior, insuscetível de ser controlada, “também a sua comunidade política deve assumir o aspecto objetivado, coisificado e separado deles, surgindo diante deles na forma de Estado como relação de coerção”¹⁶. O cientista político alemão, então, sustenta que a coesão social do capitalismo é fundada em duas formas sociais: “a forma valor, expressa no dinheiro, e a forma política, manifesta na existência de um Estado separado da sociedade”¹⁷.

Nesse contexto, o fetichismo do Estado reside no fato de que o aparato político somente pode aparecer como uma instância separada ou acima da sociedade, que materializa a vontade geral ou o interesse comum dos proprietários de mercadorias. Nas palavras de Hirsch: “a separação é a base decisiva do ‘fetichismo estatal’, ou seja, da representação de que no Estado se corporificaria uma ‘vontade geral’ colocada acima das relações sociais de desigualdade, de exploração e de domínio”¹⁸. Não se trata de uma ilusão subjetiva, mas de uma forma de representação com lastro nas práticas sociais, pois o modo necessário de manifestação da forma política – terceira em relação às forças sociais em antagonismo e concorrência – leva os agentes sociais a agirem *como se* o aparato estatal fosse uma instância neutra e socialmente indispensável, descolada das estruturas do modo de produção capitalista¹⁹. Isso explica o motivo pelo qual a ciência política burguesa vislumbra o Estado como uma organização a-histórica, natural, supostamente existente em qualquer tipo de sociedade humana.

¹⁴ *Ibidem*, p. 28-29.

¹⁵ *Ibidem*, p. 30.

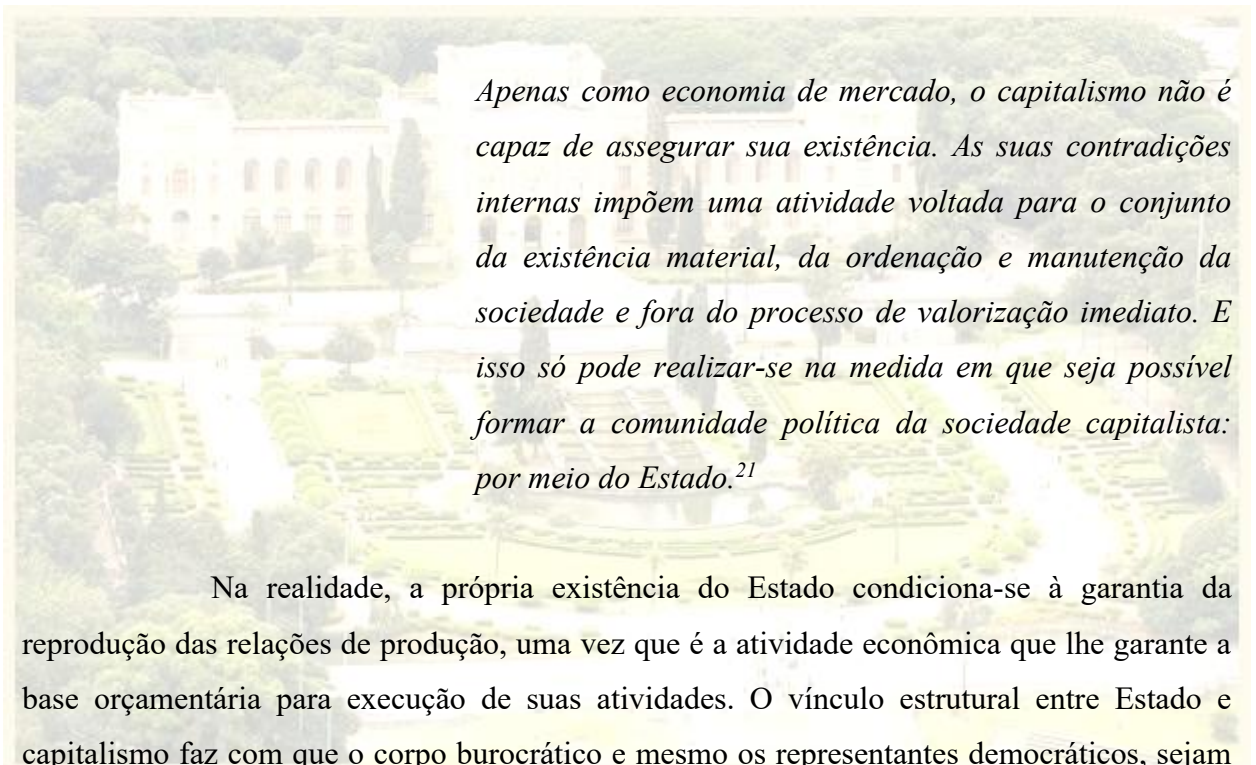
¹⁶ *Ibidem*, p. 30.

¹⁷ *Ibidem*, p. 30.

¹⁸ *Ibidem*, p. 71.

¹⁹ “O Estado não é apenas aparelho de força, pois nele expressa-se ao mesmo tempo a comunidade política da sociedade capitalista – aparentemente colocado acima da concorrência e das lutas sociais existentes –, embora de modo fetichizado e coisificado”. *Ibidem*, p. 32.

Apesar do fetichismo político, o Estado não se revela indiferente às relações de produção. Pelo contrário, ele é parte destas relações, dado que constitui a forma política indispensável à reprodução da exploração capitalista, promovendo a “objetivação de uma relação estrutural de classes e de exploração”²⁰. Nesse sentido, o ente político torna-se o garantidor do dinheiro e da existência dos predicados jurídicos que consubstanciam as relações de produção (propriedade privada, liberdade, igualdade), bem como assegura os vínculos sociais, proporciona as condições produtivas que não podem ser criadas pela dinâmica econômica e, ainda, engendra um espaço de articulações e acordos no qual os conflitos e as crises que atravessam a lei do valor podem ser absorvidos e parcialmente estabilizados, sem colocar em risco a lógica da acumulação. Segundo Hirsch:



Apenas como economia de mercado, o capitalismo não é capaz de assegurar sua existência. As suas contradições internas impõem uma atividade voltada para o conjunto da existência material, da ordenação e manutenção da sociedade e fora do processo de valorização imediato. E isso só pode realizar-se na medida em que seja possível formar a comunidade política da sociedade capitalista: por meio do Estado.²¹

Na realidade, a própria existência do Estado condiciona-se à garantia da reprodução das relações de produção, uma vez que é a atividade econômica que lhe garante a base orçamentária para execução de suas atividades. O vínculo estrutural entre Estado e capitalismo faz com que o corpo burocrático e mesmo os representantes democráticos, sejam de esquerda ou direita, prezem pela manutenção das relações de produção, independentemente da existência ou não de pressão da burguesia e de grupos de interesse. Os funcionários do Estado, assim, são impelidos a atuar como garantidores da dinâmica econômica, pautando sua ação pela garantia da acumulação, coerção objetiva da qual os cargos políticos e burocráticos dependem estruturalmente²².

²⁰ *Ibidem*, p. 32.

²¹ *Ibidem*, p. 34.

²² *Ibidem*, p. 32.

É possível inferir, portanto, que, a despeito da particularização das esferas política e econômica, o Estado e a economia capitalista condicionam-se reciprocamente²³. Mas esta ligação não é encarada por Hirsch a partir do esquema “base-superestrutura”, segundo o qual o ente político seria reflexo das relações econômicas. Ao contrário, o Estado não é edificado a partir da infraestrutura econômica, mas, antes, a integra necessariamente, dado que as relações de exploração somente se constituem com a presença da esfera política. Mas, apesar da especificidade do momento político e da possibilidade de comportar arranjos distintos, sua autonomia é *relativa*, dado que o aparato estatal se encontra estruturalmente vinculado à reprodução do capital, sujeitando-se, portanto, às leis econômicas. Nas palavras de Hirsch: “a particularidade do modo de socialização capitalista reside na separação e simultânea ligação entre ‘Estado’ e ‘sociedade’, ‘política’ e ‘economia’”²⁴.

3. OS DESDOBRAMENTOS MAIS DETERMINADOS DO FETICHISMO POLÍTICO: COM HIRSCH, PARA ALÉM DE HIRSCH

Hirsch indica que as instituições que compõem o Estado não são idênticas à forma política. Para explicar esta relação, o pensador alemão retoma a questão das formas sociais: as relações sociais reificadas, que geram formas sociais às coisas, determinam a percepção dos agentes sobre a realidade, fazendo com que eles reproduzam tal modo de representação por intermédio de sua ação concreta. Esse modelo de ação, por sua vez, se materializa em instituições sociais, as quais consolidam e estabilizam as balizas de sociabilidade²⁵. A título de exemplo, a figura de garantidor terceiro do processo social supõe a necessidade de práticas repressivas, a fim de coibir qualquer ameaça à reprodução social. Essa forma de representação, determinada pela forma política, engendra ações que acabam por concretizar a instituição policial.

A forma social, assim, fundamenta a constituição de instituições, cujos integrantes tornam-se seus efetivos representantes em termos de práticas sociais. Aqui, é possível traçar o seguinte paralelo, a fim de desenvolver um desdobramento mais determinado do fetichismo político: assim como as pessoas atuam como suportes das relações econômicas, também os agentes estatais se *personificam* como suportes das relações políticas que

²³ *Ibidem*, p. 34-35.

²⁴ *Ibidem*, p. 31.

²⁵ *Ibidem*, p. 48-49.

representam, reproduzindo-as. Nesse sentido, conforme expõe Hirsch, “a estrutura social já se expressa na ação por intermédio da determinação social formal, bem como as estruturas ‘objetivas’ são (re)produzidas naturalmente pela ação social”²⁶. Embora os agentes públicos não saibam, eles executam o interesse estrutural do Estado, qual seja, a reprodução das instituições que constituem e dão sustentação às relações de circulação e produção²⁷.

Para retomar o exemplo mencionado acima, um policial militar orienta suas práticas no sentido de consumir os objetivos de sua instituição, que se projeta como um mecanismo necessário para a realização do interesse coletivo, especialmente na área de segurança pública. O sujeito-policial, por conseguinte, atua como a *personificação* do Estado em sua vertente repressiva e, motivado pelos objetivos manifestos de sua instituição, materializa as ações que garantem, pela violência, a tutela do modo de transmissão mercantil da propriedade e, conseqüentemente, as relações de exploração estruturadas pela forma-valor: “ele não sabe, mas faz”²⁸. Da mesma forma, um membro do Poder Judiciário motiva suas ações a partir da expectativa de recompor direitos subjetivos lesados ou mesmo afirmar a dignidade da pessoa humana e, nesse intento, enquanto terceiro situado acima da concorrência e do litígio (imparcial), “garante a reprodução dos termos gerais da exploração capitalista”²⁹.

O argumento que se busca desenvolver, a partir de Hirsch, é que, assim como Marx concebe que “as máscaras econômicas das pessoas não passam de personificações das relações econômicas, como suporte [Träger] das quais elas se defrontam umas com as outras”³⁰, também as máscaras políticas ou burocráticas constituem personificações das relações políticas, das quais o sujeito constitui um mero serviçal ou suporte, ainda que ele possa, subjetivamente, se representar como alguém acima de sua instituição³¹. Da mesma forma que o capitalista, na qualidade de capital personificado, representa a *alma do capital e seu impulso de autovalorização*, o agente público corporifica a vontade estatal e seu escopo de afiançar as relações de produção. O conceito de personificação, aqui, designa um personagem que exerce suas práticas sob as determinações de uma forma social, apesar de concebê-las como o resultado de sua escolha consciente.

²⁶ *Ibidem*, p. 52.

²⁷ *Ibidem*, p. 56.

²⁸ Referência à expressão utilizada por Marx em *O capital*, qual seja, “eles não sabem disso, mas o fazem”. MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 208.

²⁹ Segundo Alysson Mascaro, “os juízes, em sociedades capitalistas, garantem e reiteram uma ordem capitalista, não revelando assim uma imparcialidade estrutural”. MASCARO, Alysson. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 175.

³⁰ MARX, Karl. *Op cit.*, p. 219.

³¹ MARX, Karl. *Op cit.*, p. 116.

No entanto, Hirsch pontua que a determinação da forma política sobre o processo de institucionalização não é unívoca ou unilateral, dado que esse processo é atravessado pela disputa de classes e grupos sociais em conflito, razão pela qual “os processos existentes de institucionalização e as suas configurações podem entrar inteiramente em oposição com as formas sociais capitalistas determinadas”³². Ou seja, existe a possibilidade de que as ações institucionais dos sujeitos entrem em contradição com a forma política e, conseqüentemente, com as relações sociais que deveriam *personificar*. Isso pode ocorrer, por exemplo, com a cooptação de frações do Poder Judiciário por grupos de interesse econômico, desmantelando o caráter terceiro daquele aparato estatal. Nestas ocasiões, instaura-se um contexto de crise social e política, que coloca em risco a dinâmica da valorização do valor, demandando a transformação ou a reorganização do arranjo institucional, como efeito da *coerção da forma*: “ou as instituições se modificam, ou o conjunto da reprodução da sociedade é colocado em questão”³³.

4. A NATUREZA DO FETICHE ESTATAL

Conforme se infere da abordagem de Hirsch, o fetichismo do Estado reside na separação do fenômeno político em relação à sociedade, razão pela qual a esfera estatal se manifesta como um corpo independente, no qual as relações políticas se expressam de modo apartado. No entanto, há de se ressaltar que tal espécie de fetichismo comporta uma peculiaridade, pois ele não se estabelece por intermédio de objetos políticos suprassensíveis. Ou seja, diferente das relações de troca, em que o laço social se consolida mediante a equivalência entre a propriedade social de objetos (valor) e a equivalência entre os reflexos subjetivados do valor (sujeitos de direito), os laços políticos não pressupõem, necessariamente, *coisas* dotadas do poderio social, mas revelam uma dinâmica em que os próprios sujeitos são investidos de poder. Conforme explica Alan Hillani:

Em todas as formas de fetichismo anteriormente analisadas, havia uma diferença claramente estabelecida entre sujeitos-fetichistas e objetos-fetiches, e todo o argumento parecia basear-se no fato de que o primeiro

³² HIRSCH, Joachim. Op. cit., p. 49-50.

³³ *Ibidem*, p. 50.

tinha uma percepção equivocada do segundo. Pareceria um passo natural na análise do fetichismo político abordar situações nas quais tais objetos-fetichismo têm um caráter político — coroas, tronos, cetros, assembleias, faixas presidenciais, retratos oficiais, monumentos etc. O problema com essa abordagem é que ela não percebe como o fetichismo não diz respeito apenas ao “poder” dos objetos, mas revela algo sobre a lógica do próprio poder: como o poder dos objetos é, na verdade, muito semelhante ao poder das pessoas.³⁴

Desse modo, não parece suficiente tratar o fetichismo do Estado como a mera reificação das relações políticas em objetos, uma vez que o fundamental, nesse âmbito, diz respeito ao modo pelo qual as relações políticas reiteradas, derivadas da forma-valor, transferem seu caráter social aos sujeitos que compõem os quadros institucionais. Assim como no caso do fetichismo jurídico, a forma política comporta uma espécie de *fetichismo do sujeito*, com a diferença de que, em regra, tais relações não são diretamente mediadas por coisas. Ocorre que esta posição resgata uma importante discussão.

Slavoj Žižek, em *Como Marx inventou o sintoma?*, argumenta que o fetichismo das relações pessoais constituía um fenômeno das sociedades pré-capitalistas, nas quais vigoravam relações de domínio direto, ao passo que, sob o capitalismo, emerge o fetichismo das coisas, que, ao mesmo tempo, desfetichiza a relação entre sujeitos. Para desenvolver o argumento, o filósofo esloveno se vale da metáfora do rei, invocada por Marx em *O capital*:

‘Ser rei’ é um efeito da rede de relações sociais entre um ‘rei’ e seus ‘súditos’; mas – e aí está o desconhecimento fetichista –, para os participantes desse vínculo social, a relação aparece necessariamente de forma inversa: eles acham que são súditos, dando ao rei um tratamento real, porque o rei já é rei em si mesmo, fora da relação com

³⁴ HILLANI, Allan M. *Para uma teoria do fetichismo político*. 2023. Disponível em: <http://revistaportoalegre.com/para-uma-teoria-do-fetichismo-politico/>. Acesso em: 19 maio 2024.

*seus súditos, como se a determinação ‘ser rei’ fosse uma propriedade ‘natural’ da pessoa de um rei.*³⁵

O fetichismo do rei revela a aderência de uma propriedade social ao corpo de um sujeito, que então passa a ser investido de poderes divinos, sobrenaturais, fundamentando o domínio sobre os seus súditos, para que estes se submetam a relações de servidão. Vê-se, assim, que a representação de base religiosa, (re)produzida pelas relações sociais feudais, é *personificada* na figura do “rei”, garantindo-lhe a legitimidade do domínio político e econômico. Zizek, no entanto, aduz que esta forma fetichista não se coaduna com a sociedade mercantil, na qual “a forma predominante e determinante de suas inter-relações não são a dominação e a servidão, porém um contrato entre pessoas livres, que são iguais aos olhos da lei”³⁶. Ou seja, a relação entre os sujeitos egoístas da troca estaria “totalmente livre de qualquer aura mística”, de modo que o fetichismo das pessoas (pré-capitalista) seria deslocado para o fetichismo da relação social entre coisas:

*O lugar do fetichismo apenas se desloca das relações intersubjetivas para as relações ‘entre coisas’: as relações sociais cruciais, as de produção, deixam de ser imediatamente transparentes, como o eram sob a forma das relações interpessoais de dominação e servidão (do Senhor com seus servos, e assim por diante); elas se disfarçam – para usar a formulação precisa de Marx – “sob a forma de relações sociais entre coisas, entre produtos do trabalho”.*³⁷

Embora Zizek esteja correto ao sustentar a eliminação do fetichismo pessoal relacionado à subjugação direta, por outro lado, não parece que o capitalismo tenha acabado com toda espécie de *fetichismo da pessoa*, mas apenas encontrado outras formas específicas de constituir-lo e expressá-lo. O próprio reconhecimento intersubjetivo da troca implica uma operação fetichista, por meio da qual os caracteres concretos das pessoas dão lugar a uma subjetividade jurídica abstrata, que condiciona o modo de ação aos limites da dinâmica

³⁵ ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma? In: ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 309.

³⁶ *Ibidem*, p. 310

³⁷ *Ibidem*, p. 310

mercantil, fazendo da autonomia dos indivíduos a função de sua sujeição à lei do valor³⁸. Há de se notar que, assim como no caso do rei, o sujeito de direito é tido como uma propriedade natural do ser humano, mas tal modo de representação não fundamenta relações de servidão: ao contrário, as afasta, consubstanciando o lado subjetivo da lógica de mercado.

A teoria de Hirsch, por sua vez, fornece substrato teórico para identificar-se outra espécie de fetichismo do sujeito, também derivada da forma valor: o fetichismo dos agentes políticos. A princípio, tais atores aparecem como representantes do interesse público, pairando acima da sociedade e de suas contradições, apesar de integrarem as relações de produção. Mais do que isso, no exercício de suas funções, os agentes políticos expressam um *poder social (ou autoridade)* que, além de ostentar legitimidade social, manifesta-se como independente das relações sociais que o constituem: “da mesma forma que os fetichistas se relacionam com seus fetiches — isto é, desconsiderando que atributos sejam resultado de uma excisão de relações constitutivas”³⁹. No entanto, segundo Hillani, “se o fetichismo, desde suas origens, estava preocupado com a personificação imprópria das coisas, a verdadeira questão que o fetichismo político coloca é como as próprias pessoas são ‘personificadas’”⁴⁰.

Isso não significa que as *personificações* políticas decorram de causas metafísicas. Ao contrário, Hirsch aponta que a apropriação do *sobreproduto* sob a forma do valor exige relações políticas terceiras quanto aos vínculos sociais e que, ao mesmo tempo, os garantam e reproduzam. Desse modo, os agentes estatais são, em última instância, suportes políticos derivados do fetichismo do valor e de suas condições estruturantes. Uma sociedade em que os produtos do trabalho são socializados não diretamente, mas por intermédio de trocas de equivalentes, somente se consolida na medida em que as relações jurídico-econômicas sejam asseguradas por sujeitos políticos situados, aparentemente, externamente à arena social, com o propósito precípuo de assegurá-la e reproduzi-la.

5. CONCLUSÃO

Hirsch demonstra que o fetichismo constitui um fenômeno intrínseco às formas sociais do capitalismo, de modo a corroborar a centralidade do referido conceito para a crítica da economia política. No caso do Estado, a objetivação das relações políticas assume a forma

³⁸ DAVOGLIO, Pedro Eduardo Zini. *O sujeito de direito na crítica da economia política*. 2018. 154 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 93.

³⁹ HILLANI, Allan. Op. cit.

⁴⁰ *Ibidem*.

coisificada de um aparato situado acima da sociedade e das contradições que atravessam o modo de produção capitalista, o que justifica as interpretações que tomam o aparato estatal como um dado social “natural”, sempre existente. Além disso, a determinação da forma política sobre os processos de institucionalização indica que, assim como o mercado é composto por sujeitos que personificam relações econômicas, os agentes políticos atuam como suportes ou personificações das relações sociais que corporificam sua instituição, apesar de tal dinâmica ser perpassada pela luta de classes, grupos e indivíduos.

Diante desse conjunto de práticas e representações sociais, explica-se a tendência de o Estado atrair para si as lutas sociais, que invariavelmente acabam neutralizadas em face da necessidade política de reprodução das relações de produção capitalistas. Com base na teoria de Hirsch, evidencia-se não apenas a especificidade histórica do aparato estatal e sua forma de expressão social, como também a necessidade de um projeto de transformação que transcenda a política institucional, buscando superar as contradições que sustentam a necessidade de existência da forma política.

BIBLIOGRAFIA

- ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado*. Lisboa: Editorial Presença/ Martins Fontes, 1980.
- BLANKE, Bernhard; JÜRGENS, Ulrich; KASTENDIEK, Hans. On the Current Marxist Discussion on the Analysis of Form and Function of the Bourgeois State. In: HOLLOWAY, John; PICCIOTTO, Sol (org.). *State and Capital: A Marxist Debate*. Londres: Edward Arnold, p. 108-147, 1978.
- CALDAS, Camilo Onoda. *A teoria da derivação do Estado e do direito*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.
- DAVOGLIO, Pedro Eduardo Zini. *O sujeito de direito na crítica da economia política*. 2018. 154 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- ELBE, Ingo. *Entre Marx, marxismo e marxismos: leituras da teoria de Marx*. LavraPalavra. 2021. Disponível em: <https://lavrpalavra.com/2021/08/09/entre-marxmarxismo-e-marxismos-leituras-da-teoria-de-marx/>. Acesso em: 20 dez. 2022.
- HEINRICH. Michael. *Indivíduo, personificação e dominação impessoal na crítica da economia política de Marx*. Zero à esquerda. 2021. Disponível em:

<https://zeroaesquerda.com.br/index.php/2021/12/02/michael-heinrich-individuo-personificacao-e-dominacao-impessoal-na-critica-da-economia-politica-de-marx/>. Acesso em 21 dez.2022.

HILLANI, Allan M. *Para uma teoria do fetichismo político*. 2023. Disponível em: <http://revistaportoalegre.com/para-uma-teoria-do-fetichismo-politico/>. Acesso em: 19 maio 2024.

HIRSCH, Joachim. The state apparatus and social reproduction: elements of a theory of the bourgeois State. In: HOLLOWAY, John; PICCIOTTO, Sol (eds.). *State and Capital: a marxist debate*. Londres: Edward Arnold, 1978.

_____. O problema da dedução da forma e da função do Estado burguês. In: HELMUT, Reichelt; HIRSCH, Joachim; HENNIG, Eike. *A teoria do Estado: materiais para reconstrução da teoria marxista do Estado*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Teoria Materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. ¿Qué significa Estado? Reflexiones acerca de la teoría del Estado capitalista. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: UFPR – Departamento de Ciências Sociais, n. 24, p 165-175, Jun 2005.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

OSÓRIO, Luiz Felipe Brandão. Hirsch, Estado, Imperialismo e Relações Internacionais. *Crítica Marxista*, n. 46, 2018

PACHUKANIS, Evguíeni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.

ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma? In: ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto

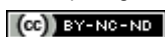
All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**POLÍTICAS PÚBLICAS REFORMISTAS:
ESBOÇO SOBRE A NATUREZA E FUNDAMENTO DA CATEGORIA “POLÍTICAS
PÚBLICAS”, SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-POLÍTICA MATERIALISTA**

**REFORMIST PUBLIC POLICIES:
OUTLINE ON THE NATURE AND FOUNDATION OF THE CATEGORY “PUBLIC
POLICIES”, FROM A HISTORICAL-POLITICAL MATERIALIST PERSPECTIVE**

Rander Luiz da Silva¹

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7196-3998>

Submissão: 20/06/2025

Aprovação: 08/07/2025

RESUMO:

A temática da pesquisa surge da necessidade de analisar criticamente o papel das políticas públicas no contexto do modo de produção capitalista, questionando a capacidade dessas políticas de promoverem transformações sociais efetivas e a real emancipação da classe trabalhadora. O estudo parte da premissa de que Direito e Estado são produtos das relações sociais e, portanto, limitados em seu potencial transformador dentro do capitalismo. O tema central da pesquisa é a análise da categoria "política pública" em sua perspectiva reformista, com foco nas políticas públicas de transferência de renda dos Estados de capitalismo dependente. O problema de pesquisa reside em analisar se há um caráter conciliatório nas políticas públicas e como a natureza e o fundamento dessa categoria se relacionam com esse caráter. Daí, levanta-se a hipótese de pesquisa de que ao invés de superar a dinâmica burguesa, as políticas públicas acabam por representar a ascensão de coalizões políticas reformistas com intuito de implementar o *Welfare State*, ou seja, as políticas públicas garantem a manutenção do capitalismo, na medida em que possuem a intenção de oportunizar

¹ Discente do curso de Direito na Universidade Federal de Viçosa (UFV). Pesquisador no grupo de pesquisa Crítica do Direito e Subjetividade Jurídica – Universidade de São Paulo (USP). E-mail: rander.luiz@ufv.br - Ark:/80372/2596/v16/015

patamares mínimos aos beneficiários – que muitas vezes sequer são alcançados – mas sem reverter a estrutura da acumulação de renda e outras contradições do modo de produção capitalista. A pesquisa tem como objetivo geral analisar os processos e a materialidade da categoria "política pública" em sua perspectiva reformista, por meio de uma pesquisa bibliográfica como método de análise. Tal estudo se revela essencial pela necessidade imediata de se construir uma consciência crítica sobre as políticas públicas, a partir da conjuntura atual, evidenciando que, embora possam trazer ganhos pontuais, as políticas públicas não superam a estrutura burguesa e podem, na verdade, contribuir para a perpetuação da desigualdade social por meio do aparato estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas. Reformismo. Capitalismo dependente.

ABSTRACT:

The research theme arises from the need to critically analyze the role of public policies in the context of the capitalist mode of production, questioning the capacity of these policies to promote effective social transformations and the real emancipation of the working class. The study is based on the premise that Law and State are products of social relations and, therefore, limited in their transformative potential within capitalism. The central theme of the research is the analysis of the category "public policy" from its reformist perspective, focusing on public policies of income transfer in dependent capitalist States. The research problem lies in analyzing whether there is a conciliatory character in public policies and how the nature and foundation of this category relate to this character. Hence, the research hypothesis arises that instead of overcoming bourgeois dynamics, public policies end up representing the rise of reformist political coalitions with the aim of implementing the Welfare State, that is, public policies guarantee the maintenance of capitalism, to the extent that they have the intention of providing minimum levels of income to beneficiaries – which are often not even achieved – but without reversing the structure of income accumulation and other contradictions of the capitalist mode of production. The research aims to analyze the processes and materiality of the category "public policy" from a reformist perspective, using bibliographical research as a method of analysis. This study is essential due to the immediate need to build critical awareness about public policies, based on the current situation, showing that, although they can bring specific gains, public policies do not overcome the bourgeois structure and can, in fact, contribute to the perpetuation of social inequality through the state apparatus.

KEYWORDS: Public policies. Reformism. Dependent capitalism.

1. INTRODUÇÃO

Dentre os três campos do pensamento jurídico e político contemporâneo, definidos no livro “Filosofia do Direito” (Mascaro, 2018), estão embrenhados, já no terceiro campo – das leituras críticas, marxistas, contemporâneas – outros três eixos principais e um de tangente, que formam esse campo. Para esta pesquisa destaco dois desses três eixos laterais, que se aproximam das formas sociais, de sua determinação e de sua derivação, que são: o primeiro, (i) uma crítica direta da forma política estatal, desvendando e trazendo à baila a insuficiência do capitalismo na resolução de problemas estruturais, culminando na proposição lógica de superação deste modo de produção por lutas fora do Estado; mas também, (ii) a denúncia da insuficiência das formas e contradições sociais erigidas pelo capitalismo, como a própria luta de classes – pois a classe trabalhadora também é produto da sociabilidade capitalista –, alcançando uma crítica do valor e de sua crise estrutural presente (Mascaro, 2019).

A partir tanto do primeiro como do segundo eixo, se considerarmos que Direito e Estado são concreções de práticas e relações sociais determinadas pelas categorias econômicas estruturantes da vida social adstritas ao modo de produção capitalista, a própria possibilidade de transformação social está limitada pelo processo econômico que os determina. Assim, esses eixos desvelam, por si só, o fato de que não se pode ter ação estatal, nos seus diversos desmembramentos, sem que seja marcada pela sociabilidade capitalista no seu próprio processo de existência, isto é, sua criação, trazendo consigo as contradições inerentes ao capital.

Um dos desmembramentos da organicidade estatal, que tem se destacado nos discursos políticos atuais, além de apresentar vasta produção acadêmica, são as políticas públicas de transferência de renda. Essas políticas, assim como todas as outras, são intrínsecas ao Estado, aqui compreendido, não como um ente a par das relações sociais, mas, propriamente, uma forma social; desse modo, é importante compreender que a organicidade estatal se trata de um momento de derivação factual, contingente e variável segundo os contextos históricos e geográficos.

Nessa toada, entender a natureza e fundamento da categoria “política pública”, é de suma importância para compreender seu próprio funcionamento e as dinâmicas que entrecortam sua criação imbricada a um Estado capitalista dependente. Assim, partindo do pressuposto de que as reformas do Estado (leia-se, políticas públicas) não conseguiram modificar de forma permanente a situação da classe trabalhadora, esta pesquisa propõe um breve esforço para trazer alguns dos conceitos essenciais sobre a concepção de Estado em Marx – com o auxílio de autores como Hirsh, Alysson Mascaro e outros –, com o intuito de compreender que os esforços para criar um capitalismo mais humano acabam por prolongar a exploração do homem pelo homem.

A partir desse esboço inicial de análise será possível uma breve constatação que, no seio de um Estado com forma e determinação social do modo de produção capitalista, não há políticas públicas, que dele emanam, que não sejam reformistas. Além de apresentar as limitações explícitas de transformação social pela chave das políticas públicas.

A presente pesquisa – devido seu tempo e extensão –, buscará trazer apontamentos iniciais acerca de uma possível crítica ao Estado, e seus desmembramentos, como as políticas públicas. Evidenciando suas – aqui reside o *core* da questão – limitações e contradições como via de transformação social e emancipação da classe trabalhadora.

Para tanto, será considerado o contexto de criação da própria categoria políticas públicas, ou seja, o Estado de Bem-Estar Social, e o caráter que essa categoria assume em Estados de capitalismo dependente. Além disso, mesmo se tratando de um problema estrutural, que reflete em todos os quatro tipos² de políticas públicas, esta pesquisa residirá esforços sobre as políticas redistributivas, isto é, de transferência de renda, pois melhor ilustram as limitações do Estado em promover mudanças substanciais na distribuição de renda da população.

² “Theodor Lowi (1964; 1972) desenvolveu a talvez mais conhecida tipologia sobre política pública, elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política. Com essa máxima Lowi quis dizer que cada tipo de política pública vai encontrar diferentes formas de apoio e de rejeição e que disputas em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas. Para Lowi, a política pública pode assumir quatro formatos. O primeiro é o das políticas distributivas, decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo. O segundo é o das políticas regulatórias, que são mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse. O terceiro é o das políticas redistributivas, que atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros; são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento. O quarto é o das políticas constitutivas, que lidam com procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma também diferente” (Souza, 2006).

Inicialmente, no segundo capítulo, será delineada a análise histórico-político materialista (HMPA), bem como suas potencialidades como ferramental para analisar políticas públicas e seus arranjos institucionais.

Em seguida, no capítulo seguinte, a investigação se voltará a um breve esforço para trazer alguns dos conceitos essenciais sobre a concepção de Estado em Marx, para que seja possível a compreensão de como as políticas públicas de transferência de renda operam em uma sociedade regida pelo modo de produção capitalista.

Por fim, o capítulo quarto, buscará compreender o conceito de políticas públicas reformistas, buscando averiguar seu imbricamento com o Estado capitalista. Com isso, será proposta uma reflexão sobre a potencialidade e os limites de transformação das políticas públicas de transferência de renda em contexto de capitalismo dependente, destacando sua utilização tanto como ferramenta de mitigação da pobreza quanto como ponto de partida para questionar as contradições do sistema socioeconômico vigente.

2. DA ANÁLISE HISTÓRICO-POLÍTICA MATERIALISTA

Esta seção introduz a análise histórico-política materialista (HMPA) como metodologia para estudar políticas públicas de transferência de renda, especialmente em países de capitalismo dependente, como o Brasil. Destaca como o método HMPA vai além das análises convencionais, focando no contexto político, nos projetos de poder e nas relações de dominação que moldam essas políticas. Inspirada majoritariamente em Gramsci, mas também em outros autores, essa análise entende que a dominação de classes pela forma política estatal ocorre tanto por coerção quanto por consenso, revelando como as políticas públicas mantêm estruturas de poder e desigualdades no capitalismo.

A seção está dividida em três partes. Primeiramente, justificará a análise histórico-política materialista, destacando sua capacidade de desvendar interesses e questões como a hegemonia, que estão por trás das políticas públicas. Em seguida, fará um esforço de síntese para explicar a estrutura metodológica dessa análise, alicerçada em torno de quatro eixos: (i) governamentalidade; (ii) interseccionalidade; (iii) teoria da regulação; e (iv) papel dos intelectuais. Por fim, apresentará a aplicação da HMPA às políticas de transferência de renda no Brasil e na América Latina, valendo-se, principalmente do exemplo do programa Bolsa Família; analisando contextos, atores e processos. Com o intuito de demonstrar que as

políticas públicas, embora apresentadas como soluções para desigualdades, reforçam o *status quo* e as relações de poder existentes.

2.1. POR QUE UTILIZAR ESSA ANÁLISE?

A análise histórico-materialista do direito nas políticas públicas surge da necessidade candente de um método que alcance – além da observação dos mecanismos institucionais e seus desenhos para consolidar finalidades das políticas públicas – os interesses específicos por trás da materialização de uma política pública, que compõem uma agenda de Estado (Vestena, 2016). De tal sorte que, diferentemente das análises convencionais, que investigam profundamente as dinâmicas e limites das políticas públicas e não problematizam o contexto e projetos políticos de onde estas mesmas surgem, esta análise vai na contramão, trazendo o contexto e os projetos para o centro da questão, entendendo como esses fatores, conseqüentemente, determinam certo desenho de ação concreta do Estado que ali representam. “É necessário observar o fenômeno jurídico no interior da política concreta com outras lentes; lentes essas que se direcionem às finalidades e relações de poder que se materializam na prática concreta” (Vestena, 2016).

Com suas bases teóricas ancoradas em interpretações do pensamento materialista, que vem, pelo menos, da década de 70, um dos principais autores a desenvolver essa teoria, foi o italiano Antonio Gramsci, pois sua obra e os trabalhos dela derivados, colocaram sob questão os conceitos tradicionais de estrutura e superestrutura, sociedade civil e intelectuais, reconfigurando, em última análise, a própria ideia de Estado (Vestena, 2016). Partindo de teorias como a da hegemonia³, desenvolvida por Gramsci, a análise aqui discutida, pressupõe-se que, na sociedade burguesa, a aprovação e a concordância em relação à ordem existente não podem ser simplesmente impostas por meio de medidas repressivas de uma autoridade superior, necessitam, existencialmente, cada vez mais, da hegemonia obtida por meio do consenso da sociedade civil.

Desse modo, “a investigação das estratégias, atores, contextos e recursos mobilizados permite verificar [por essa análise] como as relações de força materializadas se alteram e mobilizam novas estratégias visando à hegemonia” (Vestena, 2019). Este caminho

³ O conceito de hegemonia de Gramsci toma por base uma leitura do Estado ampliado, composto pela sociedade política (agentes do Estado em estrito senso) e sociedade civil. Sendo assim, o Estado nada mais é do que a forma específica da dominação política existente na modernidade capitalista, que não é executada prioritariamente por meio de coerção e violência, mas principalmente por meio de liderança e organização do consenso. Esse consenso não significa de modo algum, concordância completa. Ao contrário, ele é obtido de forma constante por meio de instituições, aparatos e organizações sociais que, enquanto parte do Estado ampliado, atuam na produção da hegemonia (Opratko 2014)

se torna essencial posto o tema desta pesquisa, uma vez que as políticas públicas são uma das principais formas de dominação política existente. Angariadas por diversas coalizões políticas que têm ascendido ao poder, representam um método paliativo que se propõe – sem sucesso – a extinguir desigualdades e reverter o *status quo* destas mesmas, todavia, apenas provocam mínimas variações, sem confrontar questões essenciais (que estão na raiz do problema) como a acumulação de renda, garantindo a manutenção do capitalismo e a perpetuação da exploração de indivíduos sobre indivíduos.

Daí a importância da análise política histórico materialista (HMPA), pois permite uma abordagem que vai além dos projetos que compõem as políticas públicas, entendendo como certas políticas alcançam hegemonia. Além de entender porque políticas que alcançam esses patamares, acabam por fortalecer o próprio projeto de hegemonia, e entender quais são as estratégias de luta a fim de combater estes projetos específicos, tendo ou não a capacidade de alterar as posições de poder materializadas em determinado contexto.

Portanto, utilizar a metodologia de análise política histórico-materialista oferece a esta pesquisa sobre políticas públicas concretas ferramentas para reinterpretar um amplo conjunto de abordagens, dados econômicos e sociais, informativos, cartilhas, discursos, leis promulgadas, enfim, todo um conjunto de dados que reúne a manifestação discursiva de diferentes estratégias em prática (Vestena, 2019).

2.2. COMO ESSA ANÁLISE SE ESTRUTURA

A partir da aplicação dessa análise, constata-se que o Estado não é apenas uma instituição de controle em estrito senso, mas também uma “relação dialética entre coerção e consenso” que é caracterizada pela hegemonia (Oberndorfer e Caceres, 2013).

Assim, as teorias que compõem esse método e desmembraram de tal interpretação visam ir além de leituras materialistas que acabam por observar o Estado como unidade, centrado apenas no seu aparato de controle. Com isso, trazem elementos não tradicionalmente abordados, advindos de tradições materialistas e pós-estruturalistas, como, por exemplo, o papel da subjetividade e das relações de dominação de gênero, raça e de colonialidade (Vetesta, 2019).

Quanto a estrutura do método HMPA, em um esforço de síntese, Vestena (2016) o divide em quatro áreas complementares:

“Para o desenvolvimento da metodologia de análise política histórico materialista – HMPA, na sigla original, são somadas a questão da governamentalidade e da micropolítica presente nas práticas cotidianas (a), a interseccionalidade e transnacionalidade das formas de dominação (b), o trabalho da teoria da regulação com os conceitos de forma, especificamente forma jurídica e forma política (c), e por fim a análise dos intelectuais e os sistemas universais que forjam aparatos de Estado enquanto relações materiais de força (d)” (Vestena, 2016).

A primeira área se refere a *governamentalidade e da micropolítica presente nas práticas cotidianas (a)*⁴, que vislumbra o Estado como uma tecnologia do poder. Sendo assim, analisa questões como as formas de dominação, com destaque a análise da formação de subjetividades como resultado de processos biopolíticos, considerando a dimensão subjetiva no interior da política concreta e de sua modelagem institucional, explicando relações de dominações menos aparentes do que aquelas presentes em uma crítica meramente econômica ou que observam a institucionalidade, a partir de uma perspectiva homogênea do Estado.

A essa perspectiva, soma-se a interpretação da *interseccionalidade e transnacionalidade*⁵ das formas de dominação (b), que possibilita, a partir da análise histórico-materialista, observar os elementos materiais e sua função para a reprodução do capitalismo, agregado a outros fatores. Nesse viés, relações de dominação alcançam um olhar muito mais amplo e diferente do convencional, pois entrecortando a luta entre classes, a dominação se engendra em diversas nuances, como a dominação étnico-racial, de linguagem, de divisão sexual, de gênero; isto é, dimensões transversais que se somam à dominação na esfera econômica de uma classe sobre outra.

⁴ O conceito de governamentalidade é originalmente trabalhado por Foucault em Segurança, Território e População, desenvolvido nos seminários dos anos 1977-1978 no Collège de France. Cf.: (Foucault, 2008).

⁵ “Um ganho analítico que a HMPA pode oferecer, portanto, é justamente sua abordagem para investigar políticas públicas locais a partir da ideia de transnacionalização e as diferentes dimensões que os fenômenos sociais assumem considerando que se situam enquanto realidades entrelaçadas no capitalismo global. Nesse sentido, analisar as políticas concretas do Estado significa também analisar de forma complexa como relações de força se materializam em contexto local. Analisar os fenômenos de certa localidade significa observá-los sobre a perspectiva de que suas características locais são influenciadas e influenciam outros fenômenos locais, e essa dinâmica se entrelaça na esfera global” (Vestena, 2016).

Já a terceira área se concentra nas categorias provenientes da *teoria da regulação com os conceitos de forma, especificamente forma jurídica e forma política*⁶ (c) que desloca – e abrange – o foco da pesquisa para a análise conjunta com o interior das instituições, dos aparatos do Estado, e da sociedade civil, mediante as diversas micro-práticas de subjetivação e regulação que afetam os indivíduos cotidianamente, oferecendo uma amplitude maior ao termo regulação. Com isso, é possível compreender como diferentes relações de dominação se materializam e assumem certo grau de autonomia na sociedade capitalista. Para isso, a teoria da regulação trabalha com o conceito de formas, como a forma valor, a forma política e a forma jurídica, buscando entender como estas se materializam nas relações de força e nos antagonismos permanentes na sociedade. Como Marx (2011) descreveu de forma célebre no “18 do Brumário de Luís Bonaparte”, são formas “por trás das costas” dos sujeitos.

Por fim, a terceira área trazida por Vestena (2016) tem o objetivo de observar o *papel dos intelectuais e dos sistemas universais que forjam aparatos de Estado enquanto relações materiais de força* (d). Nessa seara, destaca-se o fato de que uma classe para ocupar o poder, precisa universalizar seus interesses próprios, mas não de forma direta, o faz de forma que a sua posição particular seja aceita e imposta sobre as ideias e instituições burguesas. Nessa medida, acaba cedendo a interesses divergentes de outras classes subalternas, criando uma certa ética política composta por um conjunto de opiniões que acabam em um senso comum, com o potencial de ser estendido no tecido social.

Portanto, essas quatro áreas complementares, acima apresentadas, possuem grande potencial como ferramental para analisar políticas sociais, como as políticas públicas de transferência de renda em Estados de capitalismo dependente, nas quais esta pesquisa se debruça. Nessa toada, por essa lente, é possível conceber que estes institutos são medidas sociais que condensam determinadas relações de forças em seu contexto material específico, sempre influenciadas pela conjuntura e a forma que assumem a partir da dinâmica política na qual estão inseridas.

⁶ A partir da teoria marxista, explica-se que, na forma valor, isso acontece a partir da produção de mercadorias mediada pelas trocas e, na forma jurídica, por meio de constituições, contratos e decisões dos tribunais. A forma política, por sua vez, se separa da sociedade e se coloca como sua instância externa, permanentemente ao contrário da sociedade em geral, como “sociedade segregada” (Buckel et al. 2014). Nesse sentido, para Buckel e outros, as teorias políticas tradicionais naturalizam os atores sociais, sem questionar como estes são continuamente forjados a partir de relações materiais, às quais se somam relações de classe, gênero, raça (Buckel et al. 2014)

2.3. ADERÊNCIA DESTA ANÁLISE A PESQUISA

Justificada, de forma preliminar, a escolha da análise política histórico-materialista, e apresentados alguns conceitos estruturais dessa metodologia, o método HMPA será aplicado sobre o objeto dessa pesquisa: políticas públicas de transferência de renda nos países de capitalismo dependente.

Antes, cabe justificar o recorte feito entre as políticas públicas de transferência de renda, qual seja, o recorte econômico, dentre os diversos Estados que apresentam esse tipo de política. Nesse sentido, dentro da grande estrutura da economia global, o foco dessa pesquisa serão os países de capitalismo dependente, isto é, que apresentam um nível de organização capitalista que depende dos ditos países desenvolvidos, que compõem os Estados de capitalismo central. Facilitando, assim, o entendimento da forma particular da inserção da América Latina na divisão internacional do trabalho, expressa na lógica da dependência e na superexploração da força de trabalho, tema tratado na obra de Florestan Fernandes (2021).

O intuito desse delineamento é trazer a discussão das políticas públicas reformistas para dentro dos países de capitalismo dependente, assimilando a dinâmica da estrutura política da autocracia burguesa como particularidade desse capitalismo dependente. Com isso, levanta-se a hipótese de que a particularidade do capitalismo dependente imprime determinados contornos à luta de classes, ao grau de desenvolvimento das forças produtivas e às intervenções do Estado através da política social. Consequência disso são os limites históricos e estruturais à universalização das políticas sociais, impostos pela dinâmica do capitalismo dependente. Aqui, foi feita apenas uma justificativa inicial acerca desse recorte, no capítulo seguinte serão dados maiores contornos e nuances aos Estados de capitalismo dependente e a importância de canalizar a pesquisa nessa direção.

Feita esta digressão, volta-se para a aplicação do método HMPA. Como já mencionado, a análise se divide em três eixos, primeiramente, será observado o contexto, em seguida os atores, e, por fim, os processos, que marcam a elaboração de políticas públicas de transferência de renda.

Para compreender o contexto das políticas públicas de transferência de renda no cenário brasileiro, “é necessário analisar o histórico das políticas sociais vinculadas ao emprego nos anos 1930, até o modelo de assistência social adotado após a promulgação da constituição de 1988 e nos governos contemporâneos” (Vestena, 2019). Assim como é importante compreender governos como do PSDB, e os processos transitórios que o marcaram, como o final dos anos 1990 para os anos 2000, que representou a ascensão de

governos petistas, como destaca a própria Vestena (2019). Fagnani (2005), descreve que esse período foi marcado por uma visão em relação a assistência social direcionada a sociedade civil, sendo esta a única responsável, procedendo assim de forma difusa e filantrópica em parceria com empresas, acompanhada de ações focais e de impacto reduzido da administração federal.

Quanto aos atores, é mister destacar que a primeira política de transferência de renda condicionada foi implementada no segundo mandato de FHC⁷, em 2001, o programa Bolsa Escola, que emergiu em um contexto de controle de gastos do Estado. Já nos anos seguintes, no início dos governos petistas, o ano de 2003 é marcado pela grande expectativa e, consequente, adoção efetiva de um programa de assistência social com contornos maiores e estruturado para atuar de forma ampla, que também afirmava o protagonismo ativo do Estado para lidar com os problemas sociais mais emergentes vinculados a pobreza e a fome (Vestena, 2019).

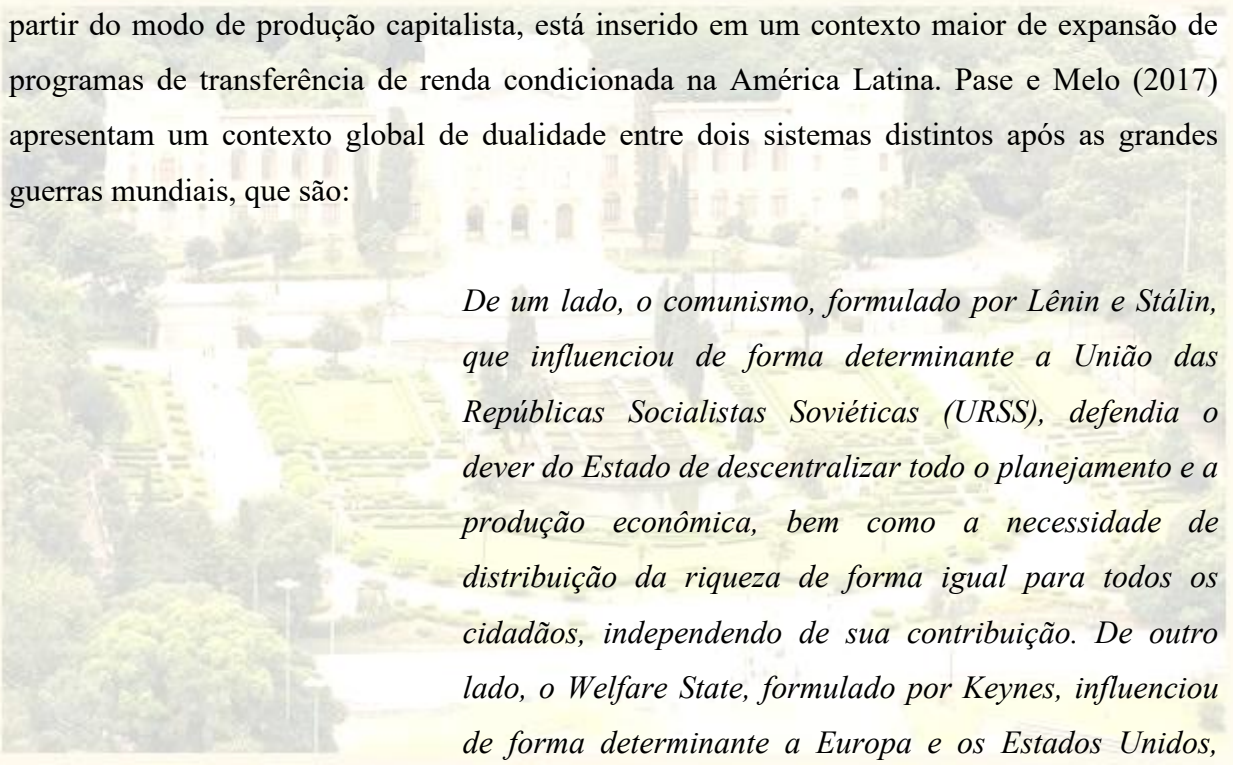
Já o processo, isto é, os projetos políticos que determinam certo desenho de ação concreta dos aparatos de Estado, podem ser entendidos a partir do exemplo específico do programa Bolsa Família. Como destacam Vestena (2017) e Curralero (2012), o processo específico de implementação e institucionalização desse programa precede da própria disputa interna de definição de agenda do programa. Diferentes interesses delimitaram sua estrutura final, a qual se condensou como política de transferência de renda condicionada com escopo de abrangência massiva de beneficiários. Outro ponto importante de destaque é que os mecanismos regulatórios inseridos nos institutos que configuram o programa podem ser compreendidos como recursos mobilizados pelos seus gestores para a manutenção de uma tessitura flexível, a qual pôde ser adaptada para atender as finalidades, os projetos de expansão e as reformulações trazidos por gestores e atores do campo partidário.

Portanto, a partir da aplicação inicial da análise histórico-político materialista (HMPA) apresentada acima, incidindo sobre políticas públicas de transferência de renda, de modo mais específico, sobre o programa Bolsa Família, no contexto brasileiro, ajuda a seguir os indícios de problemas políticos a partir da reconstrução de seus processos estruturantes. A proposta dessa perspectiva de abordagem é observar políticas públicas e, especialmente, o papel da regulação em seu interior, de forma a compreender relações de poder, grupos de interesse e estratégias políticas que determinam, em última medida, o conteúdo político

⁷ Fernando Henrique Cardoso (FHC) foi um sociólogo, professor e político brasileiro, presidente do Brasil de 1995 a 2002. Filósofo de formação, destacou-se na academia com estudos sobre desenvolvimento e dependência econômica. Como presidente, implementou o Plano Real e promoveu reformas econômicas voltadas para a estabilidade monetária e privatizações.

impresso na política pública: não se trata de mera gestão administrativa (Vestena, 2019). Trazer as linhas gerais da HMPA para discussão oferece um quadro de análise para refletir sobre o papel dessa política social específica em um projeto político mais amplo, sendo possível aferir que políticas públicas como essa, de certa forma, promovem à continuidade do modelo de acumulação neoliberal conduzido pela política de uma boa parte dos Estados com coalizões reformistas ocupando o poder, e suas, não menos questionáveis, alianças, firmadas no próprio processo de ascensão a esse poder.

Não só a especificidade brasileira apresentada contém essa dinâmica. É importante ampliar esse debate e compreender que o “*modus operandi*” do processo de elaboração e institucionalização dessas políticas públicas, no seio da organização estatal a partir do modo de produção capitalista, está inserido em um contexto maior de expansão de programas de transferência de renda condicionada na América Latina. Pase e Melo (2017) apresentam um contexto global de dualidade entre dois sistemas distintos após as grandes guerras mundiais, que são:



De um lado, o comunismo, formulado por Lênin e Stálin, que influenciou de forma determinante a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), defendia o dever do Estado de descentralizar todo o planejamento e a produção econômica, bem como a necessidade de distribuição da riqueza de forma igual para todos os cidadãos, independentemente de sua contribuição. De outro lado, o Welfare State, formulado por Keynes, influenciou de forma determinante a Europa e os Estados Unidos, defendendo uma concepção segundo a qual o Estado é o ator principal para impulsionar e gerir o progresso econômico e, do lado social, o responsável por garantir o mínimo necessário para a sobrevivência de todo e qualquer indivíduo, independentemente da sua contribuição para a construção da riqueza nacional. (Pase e Melo, 2017).

Nesse contexto, Pase e Melo (2017) afirmam que, na segunda metade do século XX, essas duas concepções começam a promover disputas no território da América Latina, por meio da articulação de programas de desenvolvimento econômico de ajuda entre os Estados no âmbito internacional. Organizações como o Banco Mundial⁸ e a Organização das Nações Unidas (ONU)⁹, particularmente seu braço para a alimentação e agricultura (FAO)¹⁰, criaram diversos programas para apoiar governos da América Latina. Junto a isso, o início do século XX é marcado pela eleição de diversos presidentes com a política de caráter reformista – alguns claramente de esquerda –, como é o caso da Venezuela, Chile, Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Bolívia e Equador (Pase e Melo, 2017). Percebe-se, então, um esforço geral entre diversos países que compõem a América Latina para enfrentar questões urgentes como a pobreza e a exclusão social – ressalvadas as devidas proporções de cada país – pelas políticas públicas de transferência de renda.

3. O ESTADO CAPITALISTA: ENTENDENDO O ENTE *POR TRÁS* DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas reformistas não são institutos dissociados da realidade que as cercam, pelo contrário, estão imbricadas à organicidade estatal – que é anterior à sua própria institucionalização – e a partir dela são materializadas. Para entender as raízes históricas e as construções por trás da estrutura das políticas públicas é necessário dar um passo atrás, analisar o momento factual derivado de contextos históricos, sociais e geográficos que dá origem ao ente estatal hegemônico, como conhecemos. Uma vez que todas as ações, contingências e omissões desse “Estado” desvelam a operacionalização do domínio de classes e a institucionalização da exploração de indivíduos sobre outros pela forma política estatal.

Esta seção pretende adentrar esse campo, mesmo que de forma inicial, entendendo o conceito de forma política e como este se desenvolveu ao longo da história, e qual sua especificidade dentro de uma economia política capitalista. Também, trazendo à tona

⁸ O Banco Mundial é uma instituição financeira internacional fundada em 1944, voltada ao financiamento de projetos de desenvolvimento econômico e social em países de baixa e média renda, com foco na redução da pobreza e no crescimento sustentável.

⁹ A Organização das Nações Unidas (ONU) é uma organização internacional criada em 1945 para promover a paz, a segurança e a cooperação entre os países, atuando em diversas áreas, como direitos humanos, desenvolvimento sustentável e ajuda humanitária.

¹⁰ A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) é uma agência especializada da ONU, fundada em 1945, com a missão de erradicar a fome e a insegurança alimentar por meio de políticas e programas de desenvolvimento agrícola sustentável.

alguns conceitos da obra de Hirsch, analisará de forma incipiente a estrutura e a dinâmica de funcionamento dos aparelhos do Estado surgido a partir da forma política estatal. Concluindo que, não há possibilidade de ação estatal que não seja marcada pelas contradições do capital, sendo a categoria “políticas públicas” um dos exemplos desses desmembramentos dos aparelhos estatais, que continuam umbilicalmente ligados a essa dinâmica.

3.1. BREVE INTRODUÇÃO SOBRE A FORMA POLÍTICA

Partindo dessa conjuntura de inserção e derivação das políticas públicas reformistas da realidade material, é importante entendê-las enquanto situadas no atual contexto do Estado Social. Souza e Bucci (2019), em seu texto destinado a entender a abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP), criada pela própria autora Maria Paula Dallari Bucci¹¹, trazem à tona o pensamento de Clune¹², que ressalta o fato das políticas públicas não serem entidades atemporais, e sim, produtos de contextos históricos e sociais específicos que refletem a forma com que o Estado está organizado e as dinâmicas sociais. Destacam, também, o fato de que, como os mercados e os entes privados não objetivam a resolução de problemas sociais, a atuação do governo tem por objetivo solucionar essas demandas sociais.

Portanto, as políticas públicas são moldadas por um conjunto de normas jurídicas que norteiam a ação governamental. Assim, a produção normativa auxilia na legitimação e suporte dos novos rumos ditados por um governo, ao mesmo tempo em que o exercício legiferante precedente pode criar restrições para a consolidação dessas mudanças (Souza e Bucci, 2019).

Conclui-se, a partir disso, que as políticas públicas estão umbilicalmente ligadas ao Estado Social e à economia capitalista. Assim, o próprio Estado é o viabilizador para concretização de direitos sociais, atuando de modo prestacional para alcançar esses objetivos, como evidencia Duarte (2007):

¹¹ Professora Associada do Departamento de Direito do Estado. Livre Docente (2012), com Doutorado (2000) e Mestrado (1994) pela Faculdade de Direito da USP. Coordenadora da Escola Superior Nacional de Advocacia Pública (ESNAP), curso de especialização em Direito Público em convênio entre FDUSP, e a Associação Nacional de Procuradores dos Estados e Distrito Federal (ANAPE), desde 2021. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estado, Direito e Políticas Públicas. Foi Visiting Scholar na Universidade de Wisconsin (2022). É membro do Conselho da Revista da Advocacia Geral da União (AGU). Integra o Instituto Articule, em seu Conselho de Governança.

¹² William H Clune III é professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, diretor do Grupo de Política do Instituto Nacional para Educação Científica e pesquisador sênior do Consórcio para Pesquisa Política em Educação (CPRE)

No Estado social de direito, é a elaboração e a implementação de políticas públicas – objeto, por excelência, dos direitos sociais – que constituem o grande eixo orientador da atividade estatal, o que pressupõe a reorganização dos poderes em torno da função planejadora (Duarte, 2007).

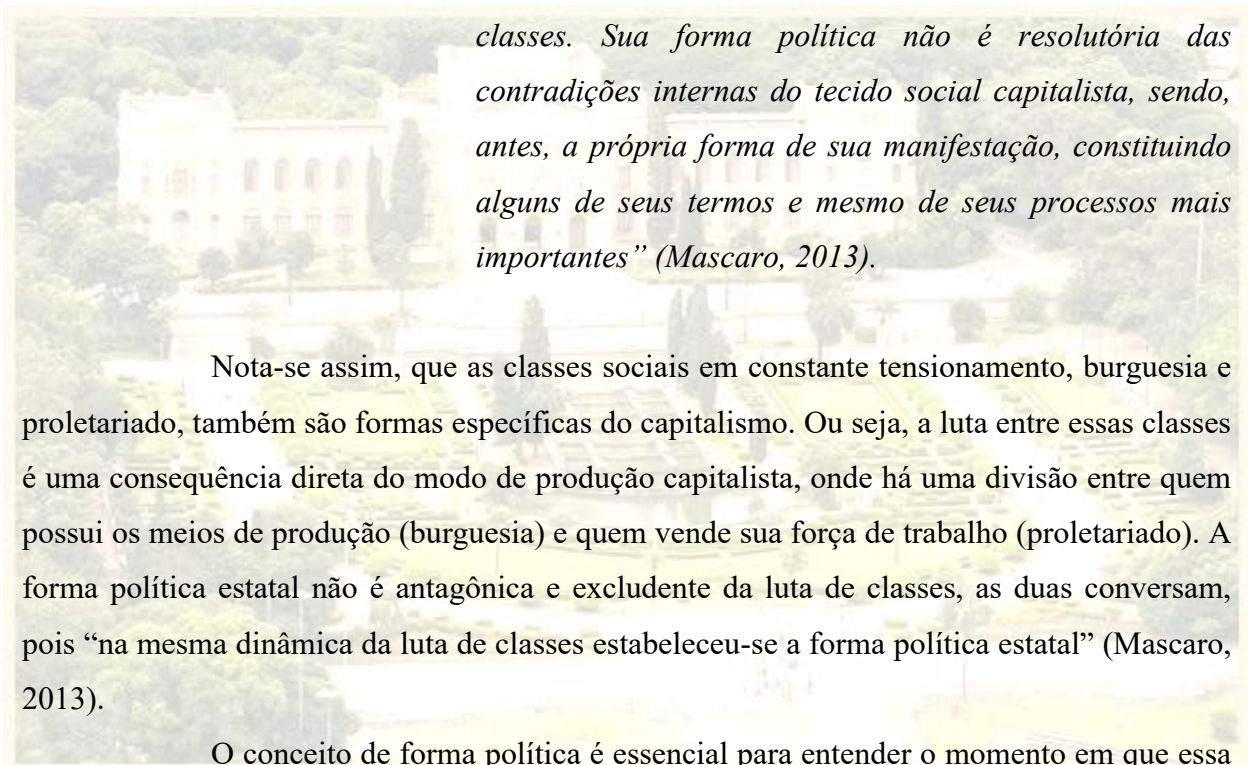
Daí a importância de compreender a forma política, que revela que a organização e funcionamento do Estado, da forma em que conhecemos, não surgiu de repente, mas sim como resultado de um processo histórico. Assim como a economia capitalista e a mercadoria (produtos que são trocados no mercado) foram se consolidando ao longo do tempo, a forma política do Estado também foi se desenvolvendo gradualmente. Como destaca Mascaro (2013), descrevendo que esse ente estatal é marcado pela qualidade do político, que diferencia a forma específica de uma determinada reprodução social advinda de um processo de instalação:

“(...) a instalação da forma política estatal deve ser pensada, tal qual a consolidação da forma-mercadoria e da reprodução capitalista, como um processo. O Estado surge historicamente antes; a forma política estatal surge depois” (Mascaro, 2013).

Assim, segundo Mascaro (2013) o que é originário do capitalismo não são instituições, aparatos ou funções, e sim, a forma política. Uma vez que o capitalismo não criou instituições (como o governo ou o judiciário), aparatos (como a polícia ou o exército) ou funções (como cobrar impostos ou fazer leis) do zero. Essas coisas já existiam antes. O que o capitalismo trouxe de novo foi uma forma política específica, ou seja, uma maneira particular de organizar o poder e as relações políticas dentro da sociedade. Essa forma política está diretamente ligada às necessidades do sistema capitalista, como a proteção da propriedade privada e a mediação dos conflitos entre classes sociais.

Tanto o Estado é específico do modo de produção capitalista – em sua forma política – quanto às classes sociais em luta também o são, pois a sua forma política foi moldada para atender às demandas do sistema.

“É apenas no tipo específico de luta de classes capitalistas que a forma política estatal exsurge. [...] Se no nível econômico dá-se o cerne da luta de classes, ela se localiza também no nível político, seja porque o político é forma derivada das formas sociais que também constituem a luta de classes, seja porque esta é reconfigurada e refigurada pelo político. O Estado não é a forma de extinção das lutas em favor de uma classe, mas sim de manutenção dinâmica e constante da contradição entre classes. Sua forma política não é resolutoria das contradições internas do tecido social capitalista, sendo, antes, a própria forma de sua manifestação, constituindo alguns de seus termos e mesmo de seus processos mais importantes” (Mascaro, 2013).



Nota-se assim, que as classes sociais em constante tensionamento, burguesia e proletariado, também são formas específicas do capitalismo. Ou seja, a luta entre essas classes é uma consequência direta do modo de produção capitalista, onde há uma divisão entre quem possui os meios de produção (burguesia) e quem vende sua força de trabalho (proletariado). A forma política estatal não é antagônica e excludente da luta de classes, as duas conversam, pois “na mesma dinâmica da luta de classes estabeleceu-se a forma política estatal” (Mascaro, 2013).

O conceito de forma política é essencial para entender o momento em que essa sociabilidade pautada pelo modo de produção capitalista, isto é, as relações sociais, se derivam em forma política estatal, instituindo esse ente que pretende ser imparcial e fora da dinâmica de classes, atuando como um intermediador de conflitos. Contudo, é o próprio canalizador do domínio perpetuado entre a classe dominante, pois, por meio da repressão estatal (polícia, instituições, legislações) mantém a propriedade privada e o controle dos meios de produção nas mãos de uma parte ínfima da população.

Mascaro (2013) ainda adverte que a forma política estatal criada a partir das reproduções do capitalismo possui um núcleo tão rígido que independe da conjuntura de

classes estabelecida (qual está no poder) para mudar sua forma, apenas uma revolução poderia alterar sua operacionalidade.

Nesse sentido, há uma relação processual de dupla imbricação entre a dinâmica da luta de classes e a institucionalização da forma política estatal. A dinâmica molda as instituições e a forma política molda a dinâmica. Logo, não é uma conjuntura específica ou padrões médios reiterados de captura institucional – por grupos ou classes – que determinam a forma específica do político no capitalismo.

“O Estado se planta no tecido social, recebendo o passado em sua complexidade e suas profundas contradições, mas não toma a si tal legado de modo passivo. É justamente na reconfiguração das identidades, dos controles, dos saberes e das disciplinas das classes, dos grupos, das minorias e dos indivíduos que o Estado conforma o tecido social” (Mascaro, 2013).

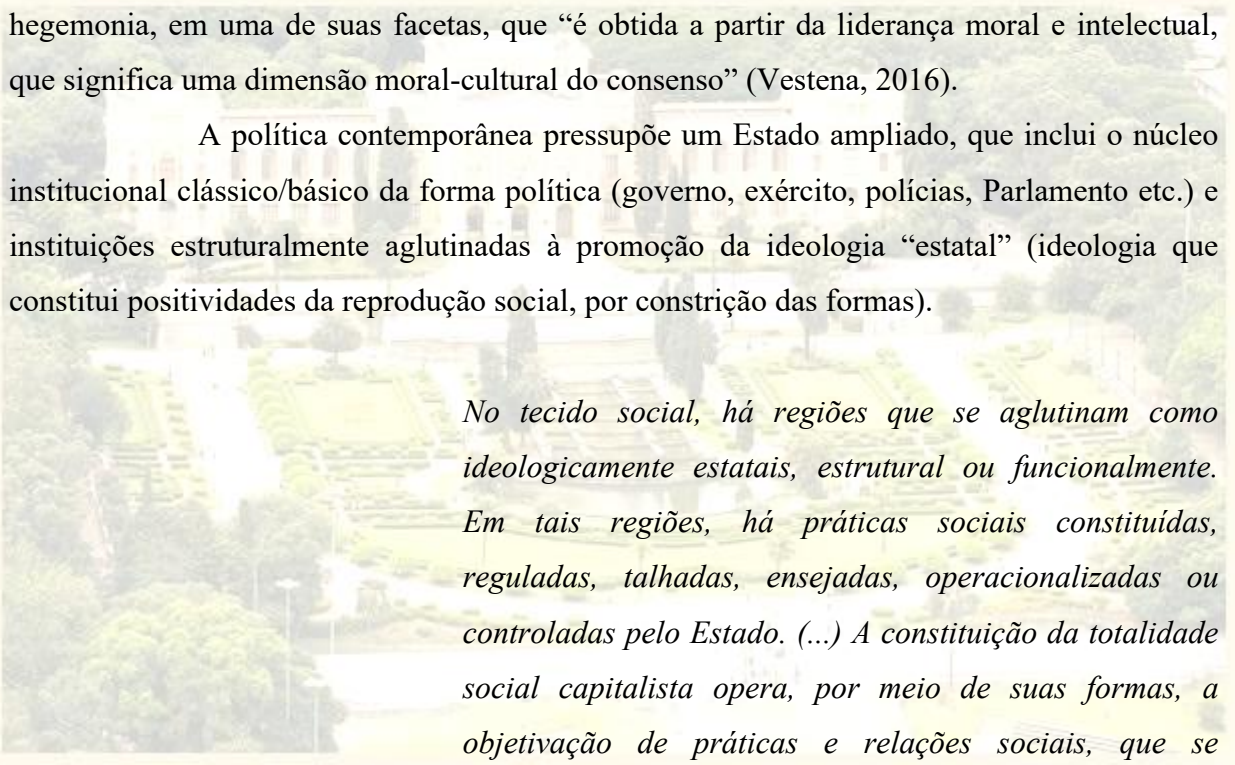
O “Estado ampliado” (Mascaro, 2013), que se refere ao fato de que o Estado não se trata apenas daquilo que estabelece sua definição jurídica, mas que é o vetor de muitas instituições sociais que lhe são íntimas e possuem uma alta conexão, nos leva a entender que esse processo não ocorre de maneira simplificada e nem só por membros da administração pública. Silva e Bassi (2012) ainda trazem à tona que o processo de construção de uma política pública vai além dos participantes formais da gestão, cooptando diversos atores da sociedade civil e empresarial, mesmo que sua materialização seja atribuída aos governos.

“De acordo com Secchi (2014) o envolvimento desses atores define a abordagem dada às políticas públicas, sendo uma abordagem estatista, que considera as políticas públicas como sendo exclusivamente promovidas pelo Estado e a abordagem multicêntrica, que considera que além do Estado, organizações privadas, Organizações Não-Governamentais, entre outros atores, também são protagonistas das políticas públicas, operando junto com o Estado” (Silva et al., 2018).

Nesse contexto de ampliação de atores no processo de elaboração das políticas públicas, tem se apresentado certa prevalência da abordagem multicêntrica. Uma vez que a iniciativa privada explora esse campo como um negócio, exercendo influência e visando um futuro ganho econômico, pois se valem dos exorbitantes orçamentos de suas empresas – ou fortunas pessoais – para conquistar poder político e atuar ativamente nas ações governamentais.

Outro ponto de análise é que para estas instituições que desmembraram do Estado, o seu controle não é feito apenas pela repressão; a reprodução das relações sociais capitalistas também opera no nível da constituição do consentimento e da naturalização da exploração, tanto nos explorados quanto nos exploradores. O que Gramsci denomina como hegemonia, em uma de suas facetas, que “é obtida a partir da liderança moral e intelectual, que significa uma dimensão moral-cultural do consenso” (Vestena, 2016).

A política contemporânea pressupõe um Estado ampliado, que inclui o núcleo institucional clássico/básico da forma política (governo, exército, polícias, Parlamento etc.) e instituições estruturalmente aglutinadas à promoção da ideologia “estatal” (ideologia que constitui positivamente a reprodução social, por constrição das formas).



No tecido social, há regiões que se aglutinam como ideologicamente estatais, estrutural ou funcionalmente. Em tais regiões, há práticas sociais constituídas, reguladas, talhadas, ensejadas, operacionalizadas ou controladas pelo Estado. (...) A constituição da totalidade social capitalista opera, por meio de suas formas, a objetivação de práticas e relações sociais, que se aglutinam, de modo repressivo e ideológico, ao poder estatal (Mascaro, 2013).

Essas instituições que ensejam práticas denominam-se aparelhos ideológicos e, porque unificadas para corroborar à reprodução social, sob pálio da ideologia dominante, “de Estado”, são denominados AIE (Aparelhos Ideológicos de Estado). Ali se realiza, com primazia, a ideologia e, de maneira secundária, a repressão. Nos aparelhos repressivos de Estado, por outro lado, realiza-se, com primazia, a repressão, mas também, de maneira secundária, a ideologia.

A complexidade dos diversos AIE enseja o possível surgimento de práticas imediatamente contrárias à dinâmica institucional do núcleo da forma política, chegando-se a considerar a possibilidade até mesmo de lutas contra-hegemônicas:

Tal aparelhagem, dentro e para além do núcleo imediato ou declarado do poder estatal – governo e administração –, enseja dissonâncias no interior de uma singularidade. O poder estatal, naquilo que dele se depreende a partir da posse dos cargos, mandatos e do controle de suas instituições juridicamente consolidadas, é constantemente apropriado ou tomado por classes específicas, mas os aparelhos ideológicos, como são maiores que tal núcleo de poder estatal, e dada sua concretude material no bojo das relações sociais, podem ensejar práticas distintas e mesmo nitidamente contrárias àquelas que operam a partir do controle do núcleo central do Estado (Mascaro, 2013).

Além do consenso pela hegemonia, outra forma da organicidade estatal articular seu domínio sobre os indivíduos é por meio da própria burocracia que entrecorta sua criação e articula seus diversos desmembramentos. É necessário, para isso, analisar os conceitos à luz da teoria política e da administração pública, especialmente no que diz respeito à estrutura do Estado e ao funcionamento da burocracia. Assim, surge uma diferenciação essencial entre “órgãos e funções” e “agentes políticos e funcionários públicos”. A primeira, refere-se à estrutura institucional e às atividades desempenhadas pelo Estado, já a segunda diz respeito às pessoas que ocupam cargos dentro dessa estrutura, seja no âmbito decisório (agentes políticos) ou no âmbito executivo (funcionários públicos).

Mascaro (2013), visualizando a burocracia como uma derivação necessária das relações capitalistas, sendo configurada tanto pela força técnica/econômica interna quanto pela regulação jurídica do Estado. Destaca que, enquanto os agentes políticos exercem o poder de forma direta, os funcionários públicos operam a máquina estatal de acordo com as normas estabelecidas, sem autonomia para alterar as estruturas fundamentais do sistema.

A competição e interação entre indivíduos e entidades (sujeitos de direito), a partir da subjetividade jurídica, sobrepõem-se, pela forma política, as instituições e corpos de agentes políticos com funções de poder configuradas pela normatividade estatal. A burocracia surge da própria materialidade das formas e não como fenômeno autorreferente ou autônomo.

A força técnica ou econômica interna e a regulação jurídica da burocracia do Estado são suas configurações imediatas; a derivação estrutural das específicas relações capitalistas é sua forma estrutural e necessária. (Mascaro, 2013).

Pensando por dois vieses: (i) juridicamente, as instituições de governo e administração de fato possuem uma existência orgânica e competências juridicamente formalizadas e definidas, dentro da esfera normativa da burocracia. Todavia, (ii) materialmente, o que ocorre são configurações múltiplas e contraditórias, sujeitas às dinâmicas das lutas de classes e grupos, tanto externa quanto internamente (classes ou frações de classe ou grupos em disputa).

“Se no capitalismo a forma estatal resulta necessariamente distinta e autônoma em relação à sociedade, a burocracia é constituída como corpo estrutural e funcional apartado das classes, grupos e indivíduos, e, justamente para que tal constituição se dê, ela adquire materialmente contornos de poder e de funcionalidade própria. Assim, ela não é sempre e totalmente complacente às influências e capturas da sociedade. É por sua própria natureza estrutural que a burocracia resiste parcialmente às relações sociais” (Mascaro, 2013).

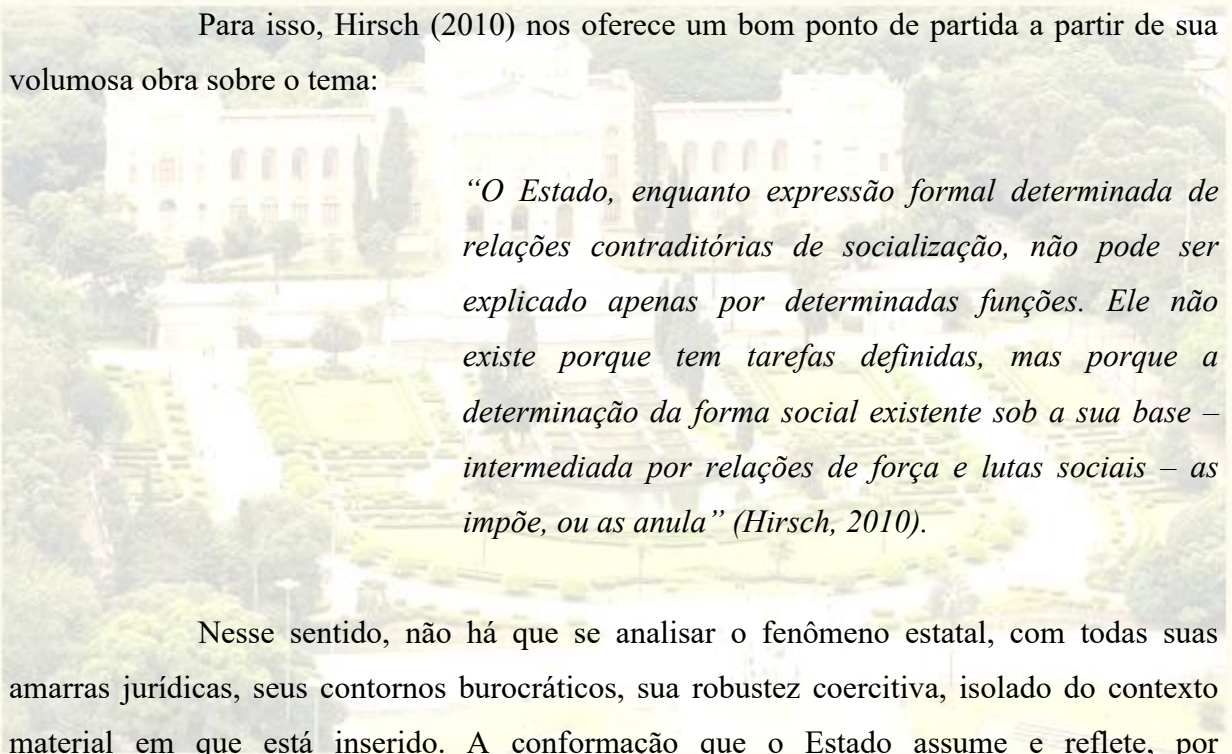
Assim, se, por um lado, a burocracia, como o Estado, não são “capitalistas coletivos”, oniscientes e eficazes guias dos rumos do modo de produção, sujeitando-se às dinâmicas de crises e das lutas, por outro lado, apresenta um “limite de sistema”, qual seja: a

reprodução das relações sociais de produção e circulação, a manutenção do núcleo das formas sociais. Dessa forma, nem mesmo os burocratas escapam à constrição pelas formas. Sua vontade ou captura institucional episódica – pela classe trabalhadora – não se revelam aptas à superação do capitalismo.

3.2. ESTRUTURA E MODO DE FUNCIONAMENTO DOS APARELHOS DO ESTADO

A partir de uma breve introdução, na subseção anterior, sobre a forma política, e como esta pode se concretizar de maneira específica na forma política estatal, passemos a análise, agora, para os aparelhos que compõem esse Estado já constituído.

Para isso, Hirsch (2010) nos oferece um bom ponto de partida a partir de sua volumosa obra sobre o tema:



“O Estado, enquanto expressão formal determinada de relações contraditórias de socialização, não pode ser explicado apenas por determinadas funções. Ele não existe porque tem tarefas definidas, mas porque a determinação da forma social existente sob a sua base – intermediada por relações de força e lutas sociais – as impõe, ou as anula” (Hirsch, 2010).

Nesse sentido, não há que se analisar o fenômeno estatal, com todas suas amarras jurídicas, seus contornos burocráticos, sua robustez coercitiva, isolado do contexto material em que está inserido. A conformação que o Estado assume e reflete, por consequência, em seus aparelhos – pois não existe um sem o outro – são determinados por processos históricos, travados pela constante dinâmica das lutas de classe. Por ora ampliando direitos e fortalecendo instituições, por outras desmantelando estas mesmas instituições e transferindo ainda mais o controle para as classes dominantes, que, pela roupagem do Estado, exercem e perpetuam seu domínio e as desigualdades.

A partir de uma análise marxista da natureza do Estado capitalista, há de se entender que esse ente estatal se mascara por meio de uma estrutura que opera baseando-se nas leis e instrumentos jurídicos, aparentemente neutros, mas que em seu núcleo, nada mais apresentam do que a lógica do capital. Não há autonomia em seus atos, nem ato de

discrecionariedade dentre os procedimentos burocráticos em que atua. O Estado apenas é determinado pelas necessidades estruturais do capitalismo, como sintetiza Hirsch (2010):

Aquilo que se constitui como atividade concreta do Estado é principalmente resultado de sua determinação formal, exatamente por ele ser a institucionalização da força física, formalmente separada das classes sociais e dos processos de reprodução econômica. (Hirsch, 2010).

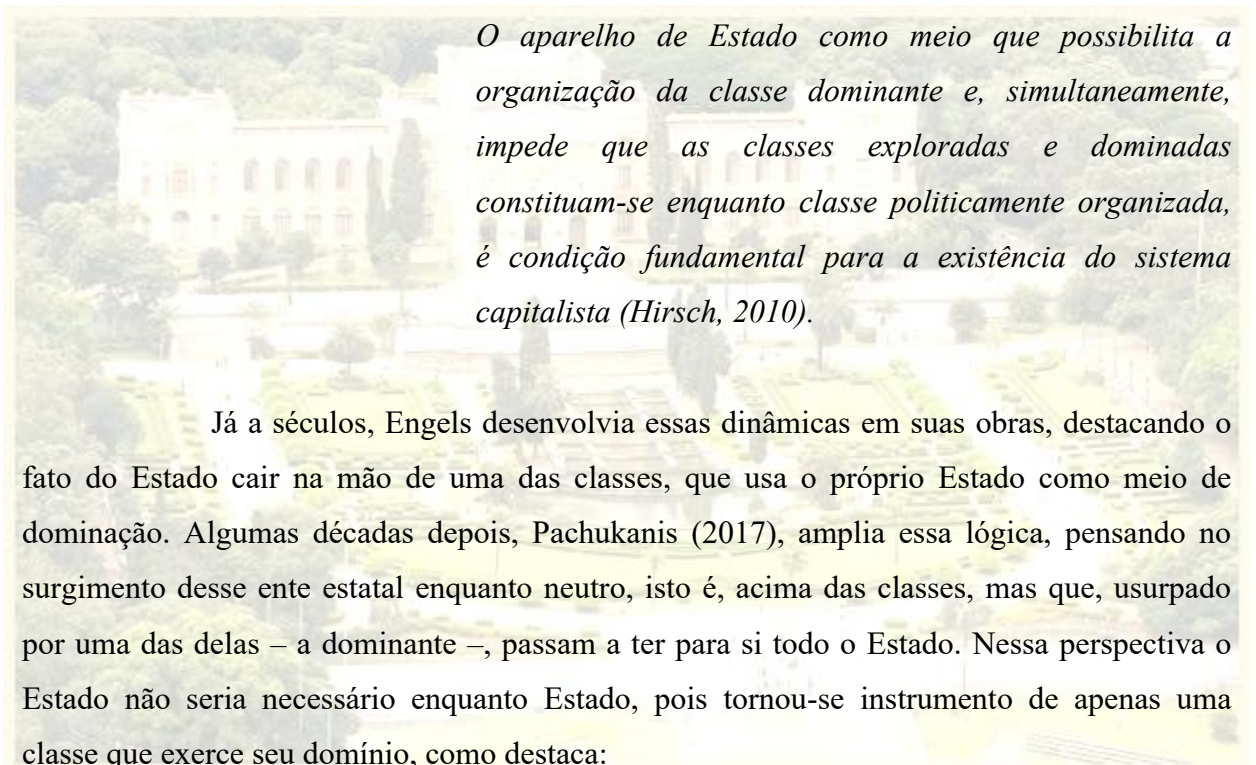
Os indivíduos que ocupam a gestão e o controle desses aparelhos são levados a tomar medidas que mantenham em movimento o processo de produção e reprodução e estabilizem as classes sociais, mediante diversas intervenções econômicas e sociais que também servem como controle das relações das classes. O que nos leva a entender que o Estado não controla diretamente a economia – e aqui reside o cerne da crítica materialista –, como em outros modos de produção, como o feudalismo; mas garante as condições para que o capitalismo funcione, seja por meio da propriedade privada, de contratos, ou por uma suposta ordem social, etc. Forjando-se de uma aparência técnica, promove a sustentação da acumulação de capital, gerando uma ficção jurídico-política, por meio de aparelhos que de si derivam como as políticas fiscais, criminalização de movimentos sociais, etc.

Dentro da dinâmica do sistema representativo em que se estrutura a máquina burocrática estatal, Poulantzas (1977) destaca outra particularidade do modo de socialização capitalista, consistente em colocar os membros da classe economicamente dominante para que ocupem o poder, formando, como o próprio autor definia, o “bloco de poder”, a partir de uma relação de concorrência e luta permanente. O objetivo da criação dessa estrutura é resguardar as próprias classes dominantes para que não desenvolvam uma estratégia comum de exploração e que assegure sua dominação. Com isso, o proletariado, que é classe dominada, encontra um caminho ainda mais árduo e sofisticado para fugir das amarras da exploração, pois, ao assumir essa forma multifacetada, a elite dominante ganha novos contornos e dificulta a organização da classe trabalhadora, que não consegue encontrar um caminho comum para sua emancipação, uma vez que o domínio se articula de várias formas.

“O Estado é então o campo sobre o qual a ‘política do capital’ pode ser formada” (Hirsch, 2010). Contudo, não devemos cometer equívocos, acreditando que os aparelhos do Estado desenvolvem uma política capitalista de classe de maneira consciente. A

sua própria dinâmica de existência, que consiste em conservar o poder e a reprodução do pessoal dirigente, como diria Hirsch (2010), obriga-o a adotar políticas que garantam a sustentação do processo capitalista de produção e de reprodução.

É por isso que as contradições que marcam a existência do Estado sempre tendem a favor das classes dominantes, seja como via de organização de classe, garantindo sua coesão e poder político, seja em desfavor das classes exploradas (proletariado), fragilizando sua capacidade de luta e resistência. Essa estrutura é essencial para a manutenção do capitalismo, pois assegura o controle da elite econômica enquanto neutraliza possíveis ameaças revolucionárias oriundas das classes oprimidas. Como diria Hirsch (2010):



O aparelho de Estado como meio que possibilita a organização da classe dominante e, simultaneamente, impede que as classes exploradas e dominadas constituam-se enquanto classe politicamente organizada, é condição fundamental para a existência do sistema capitalista (Hirsch, 2010).

Já a séculos, Engels desenvolvia essas dinâmicas em suas obras, destacando o fato do Estado cair na mão de uma das classes, que usa o próprio Estado como meio de dominação. Algumas décadas depois, Pachukanis (2017), amplia essa lógica, pensando no surgimento desse ente estatal enquanto neutro, isto é, acima das classes, mas que, usurpado por uma das delas – a dominante –, passam a ter para si todo o Estado. Nessa perspectiva o Estado não seria necessário enquanto Estado, pois tornou-se instrumento de apenas uma classe que exerce seu domínio, como destaca:

“Todo o posterior aperfeiçoamento do Estado burguês, que se originou tanto por meio de explosões revolucionárias quanto da adaptação pacífica aos elementos monárquico-feudais, pode conduzir a um único princípio, que estabelece que, entre duas partes que se confrontam no mercado, nenhuma deve ser capaz de surgir na qualidade de reguladora do poder da relação de troca, mas, para isso, é preciso uma terceira parte, que

encarne aquela garantia mútua que os possuidores de mercadorias na qualidade de proprietários dão um ao outro e que são, conseqüentemente, as regras personificadas pela sociedade de possuidores de mercadorias” (Pachukanis, 2017).

Compreender o sistema de aparelhos de Estado não é tarefa simples, pois trata-se de relações de classe complexas, institucionalizadas nesse sistema, o que faz com que existam diferentes orientações e constelações de interesse. Gerando disputas constantes dentro da aparelhagem estatal, trazendo uma configuração heterogênea ao Estado; e não homogênea, como muitas vezes se pensa. O Estado não age em unicidade, por apenas um meio, ele é ramificado, possui várias frentes de atuação, e nelas diversos atores políticos disputando hegemonia e controle de formas distintas. As políticas públicas de transferência de renda, foco desta pesquisa, são uma das formas de buscar condições mínimas a minorias exploradas, pela via estatal. Nesse sentido, no seu próprio processo de criação entra na lógica dos aparelhos sociais e deles se vale para que seja aplicada e ampliada. Todo esse sistema modifica, encoberta e “fetichiza”, na forma de conflitos institucionais internos – que afastam a classe trabalhadora, na dinâmica de um sistema representativo –, o fato das relações de classes se tratar de um antagonismo claro entre “povo” e “Estado”.

Por fim, recorde-se que não há a pretensão de esgotar o tema aqui proposto, considerando a complexidade dos debates sobre o Estado capitalista e os limites do presente artigo. Na verdade, pretende-se apenas lançar algumas pistas teórico-metodológicas sobre a conformação estatal e a política social que o permeia, à luz de autores clássicos do pensamento crítico social, mas também, autores latino-americanos e contemporâneos.

4. A TENTATIVA DE TRANSFORMAR O SISTEMA *POR DENTRO*: POLÍTICAS PÚBLICAS REFORMISTAS

As seções anteriores trataram de desenvolver de forma organizada, o surgimento do Estado, desde a forma mais elementar de organização social, a forma política, ou seu momento de derivação em forma política estatal, até a constituição de toda a organicidade deste ente, que o opera e o estrutura por meio dos aparelhos estatais. Nesse terreno, é sólida a compressão de que como o Estado é o principal – mas não o único, como será apresentado nesta seção – desenvolvedor de políticas públicas, não há como pensar em políticas que carreguem em sua estrutura a possibilidade de mudanças substanciais, pois emanam do Estado e são marcadas pelas contradições do capital, seja pela iniciativa privada que se vale dos instrumentos estatais – como as políticas públicas – para estender seus negócios e concentrar o lucro na mão de um pequeno grupo; seja pela própria dinâmica do Estado que não permite a superação do *status quo* da distribuição de renda, pois valendo-se do aparato legal – ou outros – mantém e estende o domínio de enorme parcela da propriedade privada na mão de poucos, ou, também, garante a exploração institucionalizada do trabalhador, entre outras contradições.

Agora, avançando, essa seção dedicar-se-á investigação material, baseada na análise histórico-político materialista (HMPA), já apresentada, sobre o espectro de possibilidade de transformação real, que as políticas públicas de transferência de renda podem alcançar imbricadas à dinâmica do Estado capitalista. Será possível mudar o sistema por dentro? Há uma conformação social possível em que os aparelhos estatais poderão ser usados a favor da classe trabalhadora? Essa seção buscará responder estas e outras questões que a eles são atinentes.

Para isso, primeiramente, situaremos o momento de surgimento das políticas públicas no plano concreto, dando pistas sobre os objetivos por trás de sua existência para grupo dominantes, mas também, apresentando outros momentos em que são produzidas, para além daqueles hegemonicamente viabilizados pelo Estado.

Adiante, em um segundo momento, essa seção buscará delimitar o conceito trazido nesta pesquisa de “políticas públicas reformistas”, isto é, entender o seu significado na prática e o que se pretende com seu uso.

Por fim, serão tratadas as limitações das políticas públicas como instrumento de transformação social, explorando os benefícios reais que algumas parcelas da população conseguem a partir de programas de transferência de renda; a necessidade de ampliação desses programas, uma vez que se trata de necessidades imediatas de alguns grupos, mas sem perder o horizonte crítico de análise da possibilidade real de mudanças na desigualdade entre classes por essa via.

4.1. CONTEXTO DE SURGIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REFORMISTAS NO ESPAÇO E NO TEMPO

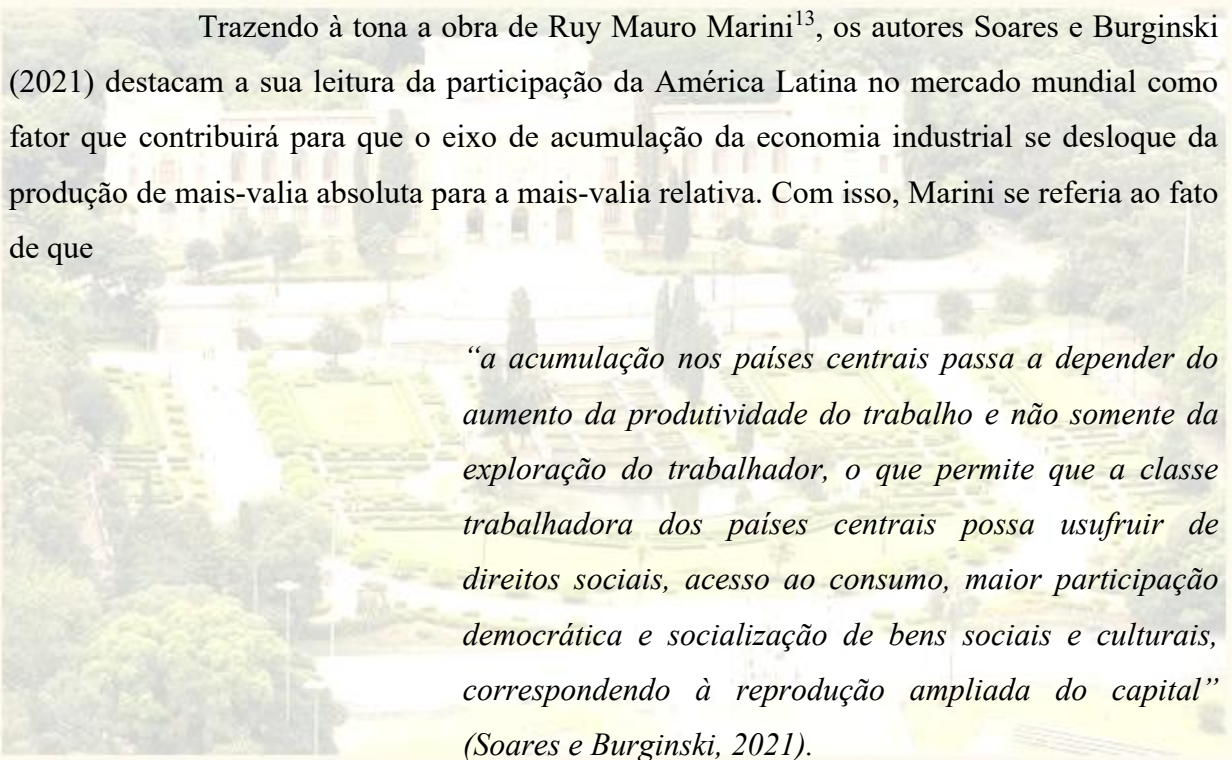
A partir do esboço inicial desenvolvido anteriormente acerca da organização estatal anterior a própria criação das políticas públicas, podemos avançar acerca do conhecimento sobre essa categoria específica que compõem a aparelhagem do Estado, as políticas públicas. Para Secchi (2014) às políticas públicas “tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões”, tratando-se, ao final, de “uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público” (Secchi, 2014). Nessa linha, Silva et al. (2018), sintetizam essa elaboração, se referindo a políticas públicas como “diretrizes tomadas pelo governo para responder demandas que este recebe da população”, mas sem negligenciar o fato de que “historicamente, o Estado brasileiro preocupa-se a responder às necessidades da classe alta” (Silva et al., 2018). Isto é, mesmo que na teoria algumas dessas políticas, como as aqui destacadas políticas de transferência de renda, tenham em seu escopo o objetivo de tirar grupos de grandes mazelas sociais e promover o mínimo existencial a todos – sem distinção –; como elas não enfrentam as grandes contradições do modo de produção capitalista, acabam por promover pequenos avanços – quando alcançados – sem reverter a dinâmica da dominação e exploração dos indivíduos, garantindo a sustentação dos donos dos meios de produção e da “classe média” que os rodeiam, e o permanecimento das classes economicamente vulneráveis em posições inferiores e condições degradantes.

Há que se destacar outro fator estrutural na especificidade do capitalismo dependente brasileiro, que alterou a dinâmica da organização estatal e oportunizou terreno fértil para surgimento das políticas públicas, que seriam as mudanças ocorridas na sociedade brasileira com o fim do regime militar, já no final do século XX. Essa alteração acabou por influenciar o Estado a assumir um novo protagonismo, agora, voltado à garantia da equidade no que tange às oportunidades e condições de vida dos brasileiros, com vistas a amadurecer o

processo de desenvolvimento social do país. Como destacam (Silva e Bassi, 2012), a efetivação desse papel passa por políticas públicas que permitam que a intervenção estatal seja norteadora nos processos de transformação da realidade social.

Dentro desse contexto, também é importante compreender como a peculiaridade brasileira, de um capitalismo dependente, influencia materialmente na construção desse ente estatal por trás das políticas públicas. Soares e Burginski (2021) destacam que na sociabilidade capitalista o alargamento das funções do Estado se tornou tão necessário à própria reprodução do sistema, que é impossível a existência do capitalismo sem o papel do Estado. Desse modo, é possível uma dimensão de como a conformação que esse ente estatal assume será definidora e estruturante das políticas públicas que dele emanarão.

Trazendo à tona a obra de Ruy Mauro Marini¹³, os autores Soares e Burginski (2021) destacam a sua leitura da participação da América Latina no mercado mundial como fator que contribuirá para que o eixo de acumulação da economia industrial se desloque da produção de mais-valia absoluta para a mais-valia relativa. Com isso, Marini se referia ao fato de que



“a acumulação nos países centrais passa a depender do aumento da produtividade do trabalho e não somente da exploração do trabalhador, o que permite que a classe trabalhadora dos países centrais possa usufruir de direitos sociais, acesso ao consumo, maior participação democrática e socialização de bens sociais e culturais, correspondendo à reprodução ampliada do capital”
(Soares e Burginski, 2021).

Nesse sentido, percebe-se que não só o excedente de lucros produzidos nos países periféricos é transferido para as econômicas centrais, por meio das importações de bens de

¹³ Ruy Mauro Marini (1932–1997) foi um intelectual, cientista político e economista brasileiro, reconhecido como um dos principais teóricos da Teoria da Dependência, corrente de pensamento crítico latino-americano que analisou o desenvolvimento econômico da região a partir de sua inserção subordinada no sistema capitalista mundial. Marini destacou-se por sua análise da superexploração do trabalho como mecanismo central da acumulação capitalista dependente, argumentando que as economias periféricas transferem valor para os países centrais por meio de relações desiguais de troca. Exilado durante a ditadura militar brasileira (1964–1985), Marini atuou como professor e pesquisador em instituições no México, Chile e Alemanha. Suas obras, como *Dialética da Dependência* (1973), influenciaram gerações de estudiosos da economia política e do desenvolvimento. Sua crítica ao imperialismo e ao capitalismo periférico mantém relevância nos debates sobre desigualdade global.

consumo, mas também os ganhos obtidos pelo barateamento de matérias primas às custas da superexploração do trabalhador na periferia. O que garante que esses países imperialistas centrais alcancem certa estabilização econômica – mesmo com a instabilidade inerente ao capitalismo –, conferindo um padrão de consumo razoável e uma proteção social capitalista mais abrangente e civilizatória.

Além disso, avançando nessa reflexão, Soares e Burginski (2021), também trazem a visão de Florestan Fernandes¹⁴ sobre o capitalismo monopolista, típico das nações de capitalismo central, que necessitam cada vez mais de uma burguesia forte para saturar todas as funções políticas autodefensivas e repressivas da dominação burguesa. Toda essa dinâmica e esse direcionamento da produção para o abastecimento de mercados estrangeiros acabam por aumentar, exorbitantemente, a acumulação da riqueza nacional nesses países.

Como “efeito rebote”, essa conformação social, típica dos padrões de reprodução social da dependência, culmina em altos níveis de conflitos sociais, além de “agudas fraturas sociais, ou seja, ‘ilhas de riqueza no meio de um mar de pobreza, trabalhadores esgotados prematuramente, miséria e desemprego, que tendem a potencializar os enfrentamentos sociais e as lutas de classes’” (Soares e Burginski, 2021). Daí a importância do contexto de capitalismo dependente que transcorre a realidade brasileira para entender que nesse cenário, a criação de políticas públicas de transferência de renda, que buscam reparar – ou ao menos amenizar – a grande disparidade econômica entre as classes é acentuada. Gerando diversas políticas desse tipo, sem, contudo, atingir o cerne do problema, o modo de produção capitalista.

Nesse ponto alto de reflexão, cabe o questionamento que guia esta pesquisa, isto é, há de se reconhecer os avanços sociais que as políticas de transferência de renda, em seus diversos modos, oportunizam a indivíduos que se encontram na linha da miséria, e a necessidade do fortalecimento destas políticas e consequente ampliação. Todavia, esse movimento que busca acabar com o açoitamento histórico de alguns grupos postos na linha da pobreza, e reverter o status quo da distribuição de renda, que seria o movimento de ampliação de políticas públicas, deve ser desenvolvido concomitantemente a superação de uma estrutura que aprisiona e perpetua os indivíduos na posição de explorados. Ou seja, na luta pela ampliação de políticas públicas não se pode perder o horizonte revolucionário do próprio sistema vigente, pois pela lógica do sistema capitalista estas mesmas políticas públicas não

¹⁴ Florestan Fernandes (1920–1995) foi um dos mais importantes sociólogos brasileiros, conhecido por seus estudos sobre desigualdade social, raça e capitalismo no Brasil. Sua obra *A Revolução Burguesa no Brasil* (1975) tornou-se referência na análise da formação social brasileira. Professor da USP e deputado federal, destacou-se por seu pensamento crítico e compromisso com a educação pública.

conseguem garantir materialmente os direitos fundamentais presentes no seu escopo. A exemplo do já mencionado programa Bolsa Família, pois não há práxis, dentro da sociabilidade capitalista, que o permita um dia erradicar a pobreza.

Outro ponto a se destacar no surgimento das políticas públicas, é que, nem sempre, esse processo é tarefa exclusiva dos governos, pois pode envolver diversos atores, não só da gestão formal do Estado, mas da iniciativa privada e organizações não governamentais (as conhecidas ONG's), e até podem conter a presença de movimentos sociais, como o exemplo do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST)¹⁵. Segundo Secchi (2014), o envolvimento desses autores define qual abordagem terá a política pública em questão, seja estadista, no caso de promoção exclusiva pelo Estado; ou multicêntrica, quando, além do Estado, outros atores são protagonistas no processo de elaboração.

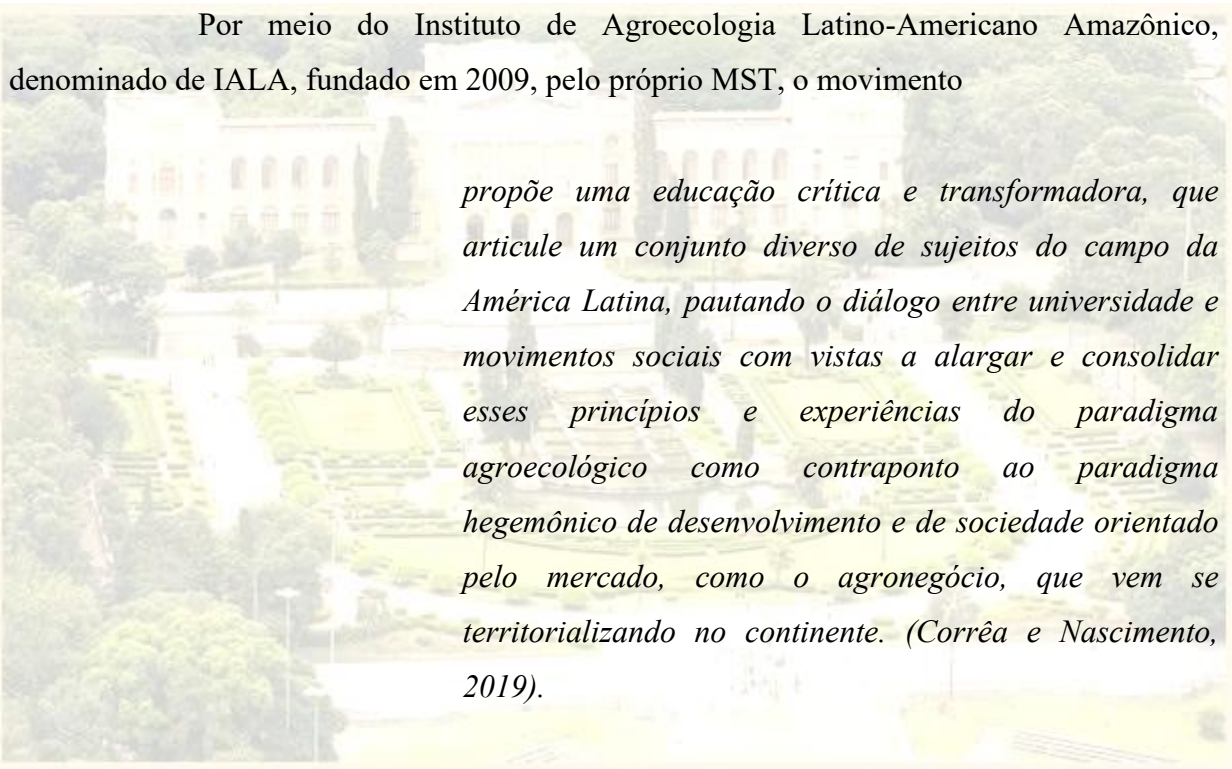
Nessa toada, Silva et al. (2018) destacam a prevalência da abordagem multicêntrica no contexto atual, orientadas pelas exigências do mercado, que explora o processo de desenvolvimento de políticas públicas que serão utilizadas pelos mesmos como negócio final. O que é reflexo de um movimento cada vez mais forte das camadas privilegiadas para que a intervenção do Estado seja mínima nos mecanismos do mercado, conhecido como neoliberalismo. Para Ianni (2004), isso é fruto de transformações drásticas nas relações do Estado com a sociedade, onde o que se procura é

(...) reduzir a presença do Estado, em termos de planejamento governamental e empresas produtivas estatais, mas garantindo as regras do jogo de tal modo que as forças econômico-financeiras privadas possam desenvolver-se. Privatizam-se empresas e setores das atividades, tais como a educação, saúde e previdência, nos quais passa a desenvolver-se empresas privadas nacionais e transnacionais (Ianni, 2004).

¹⁵ O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) é um movimento social brasileiro fundado em 1984, que luta pela reforma agrária e pela redistribuição de terras improdutivas. Surgido em um contexto de intensa desigualdade no acesso à terra, o MST organiza ocupações de propriedades rurais consideradas improdutivas, pressionando o governo a desapropriá-las para assentamentos de famílias camponesas. Além da luta pela terra, o movimento promove educação no campo, agroecologia e a soberania alimentar. O MST é um dos maiores e mais organizados movimentos sociais da América Latina, mas também é alvo de controvérsias, especialmente por parte de setores do agronegócio e de críticos que questionam seus métodos de ação (Carter, 2010).

Contudo, nem sempre a iniciativa privada exprimi seus tentáculos na elaboração de políticas públicas. Há exceções, como mencionado anteriormente, de certas ações que assumem corpo e forma de políticas públicas, que são promovidas por movimentos sociais de massa, autônomos ao Estado, como é o caso do MST, na sua relevante contribuição no desenvolvimento, aprendizado e aplicação de projetos no campo da agroecologia. Mesmo que algumas dessas ações sejam desenvolvidas em parceria com o governo, o MST assume o papel de protagonista em sua elaboração. Para tanto, partiremos da experiência de transição agroecológica que o MST vem produzindo em sua proposta de educação do campo no âmbito dos assentamentos rurais na Amazônia.

Por meio do Instituto de Agroecologia Latino-Americano Amazônico, denominado de IALA, fundado em 2009, pelo próprio MST, o movimento

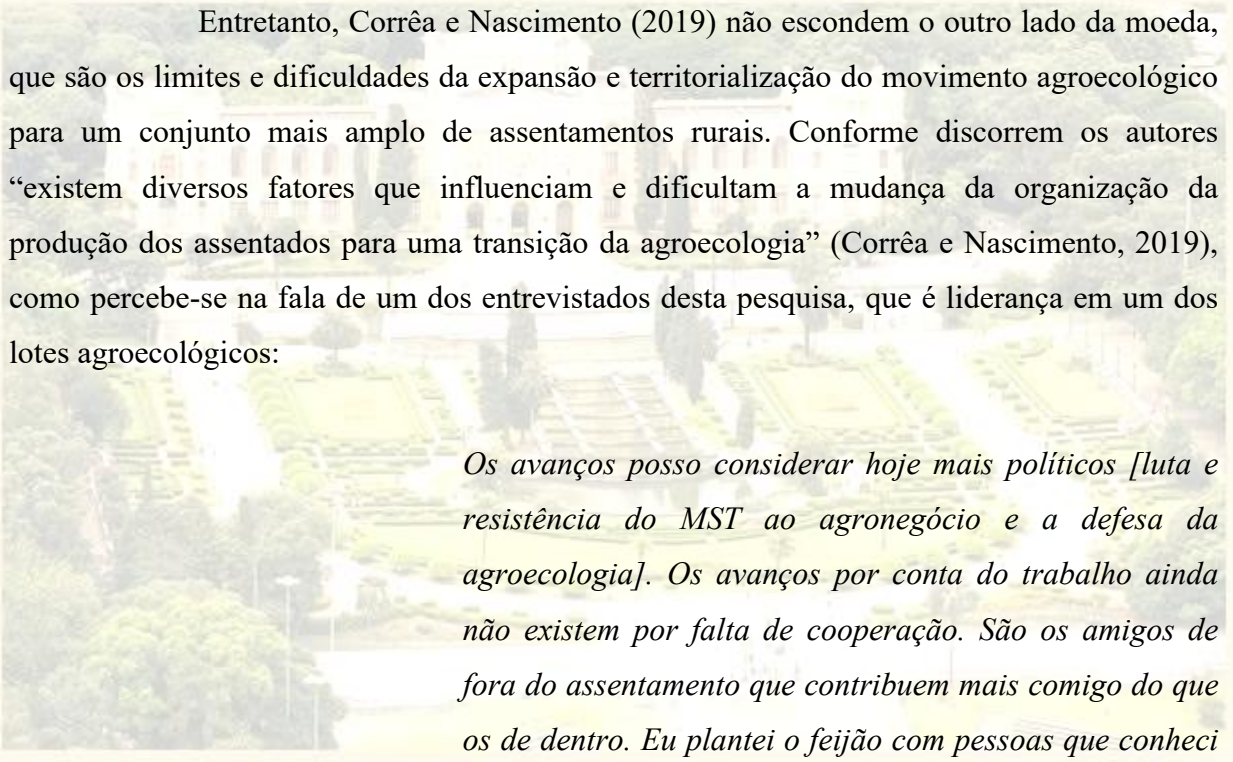


propõe uma educação crítica e transformadora, que articule um conjunto diverso de sujeitos do campo da América Latina, pautando o diálogo entre universidade e movimentos sociais com vistas a alargar e consolidar esses princípios e experiências do paradigma agroecológico como contraponto ao paradigma hegemônico de desenvolvimento e de sociedade orientado pelo mercado, como o agronegócio, que vem se territorializando no continente. (Corrêa e Nascimento, 2019).

Nesse intento, acabam promovendo políticas públicas em sentido amplo, pois promovem, como destacam Corrêa e Nascimento (2019), a articulação de sujeitos do campo que vivem processos de lutas e resistência na Pan-Amazônia, buscando articulá-los às universidades, pesquisadores, movimentos sociais e camponeses. Realizando processos de formação, escolarização e trocas de experiências agrícolas com ênfase nos princípios da agroecologia, além de produzir novos conhecimentos por meio de um processo de reformulação dos currículos e metodologias dos cursos, primando pelo diálogo com a diversidade de experiências e sujeitos e, fundamentalmente tendo a realidade como lócus de investigação para a transformação.

Essas ações impactam a vida material dos indivíduos que por ela são transpassados. Os espaços físicos para troca de saberes e conhecimentos científicos oportunizam mudanças substanciais e concretas na forma como a população vive no campo, mas não só, enseja, também, discussões acerca de como os seres humanos lidam com os recursos naturais, o trabalho, e o próprio desenvolvimento da sociedade. Além disso, não se restringem a luta brasileira em relação as contradições do capital no que tange o desenvolvimento sustentável e o devido aproveitamento de nossos recursos naturais, buscam, também, expandir essas ações e ultrapassar as fronteiras nacionais, levando o projeto para outras nações; a exemplo disso destaca-se a criação do ELLA no Paraná (2005); o IALA Paulo Freire na Venezuela (2006) e o IALA Guarani no Paraguai (2008).

Entretanto, Corrêa e Nascimento (2019) não escondem o outro lado da moeda, que são os limites e dificuldades da expansão e territorialização do movimento agroecológico para um conjunto mais amplo de assentamentos rurais. Conforme discorrem os autores “existem diversos fatores que influenciam e dificultam a mudança da organização da produção dos assentados para uma transição da agroecologia” (Corrêa e Nascimento, 2019), como percebe-se na fala de um dos entrevistados desta pesquisa, que é liderança em um dos lotes agroecológicos:



Os avanços posso considerar hoje mais políticos [luta e resistência do MST ao agronegócio e a defesa da agroecologia]. Os avanços por conta do trabalho ainda não existem por falta de cooperação. São os amigos de fora do assentamento que contribuem mais comigo do que os de dentro. Eu plantei o feijão com pessoas que conheci há pouco tempo, que não tem ligação com o assentamento. O grande desafio de tocar o lote é por conta disso. Então, o avanço que considero é que o lote se tornou referência, ele não é só um sistema agroecológico, é também uma vitrine para debates. (Entrevistado E) (Corrêa e Nascimento, 2019).

Ou seja, nota-se a carência de um trabalho cooperado e coletivo no assentamento, para realizar essa transição de paradigma, tornando-se um aspecto limitante.

Em suma, essa seção buscou dar pistas e proposições iniciais sobre o processo de surgimento das próprias políticas públicas; a relação que as mesmas possuem com outros atores sociais, como é o caso da iniciativa privada, mas também, tratar de movimentos sociais autônomos comprometidos com mudanças sociais. Desse modo, o intuito foi localizar tanto o processo hegemônico de criação de políticas públicas, ou seja, como ocorre esse procedimento na grande maioria dos casos, mas também trazer exemplos de outras formas de se criar políticas públicas, seja em auxílio ao Estado ou de forma autônoma, buscando suprir ausências desse mesmo ente estatal na promoção de direitos materiais aos indivíduos. Além de retratar a dificuldade da condução de políticas públicas com o enfoque completo na promoção do interesse público e da garantia de direitos sociais em sua totalidade, e não, servindo como *modus operandi* da burguesia, disfarçando interesses da classe dominante, pela iniciativa privada, para manter estruturas de dominação.

4.2. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO “POLÍTICAS PÚBLICAS REFORMISTAS”

É importante delimitar o que se pretende com o conceito trazido nessa pesquisa, de “políticas públicas reformistas”, para que o leitor não se confunda. Para isso, será feito um recorte nesse conceito. Primeiro, buscando elucidar o que são as “políticas públicas”, em seguida, o que seria o caráter “reformista” dessas políticas, para que, ao final, seja possível entender o nível de intersecção entre os recortes e como se relacionam em um nível superior.

Em primeiro plano, é mister entender as políticas públicas de forma ampla, relacionadas ao contexto histórico que estão inseridas, para compreensão das forças que deram origem ao cenário atual como uma forma de vislumbrar suas principais características, seus pontos de tensão, seus padrões de mudança no passado e, quem sabe, no futuro próximo. Para isso, Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes (2019) produziu um estudo, baseando-se em dados empíricos das experiências de políticas públicas em diversos países, fornecendo diversas constatações que servirão de instrumental para essa parte da pesquisa. Moraes (2019) recupera o capitalismo no fim do século, mais precisamente, final do século XX, nos anos 1980, em que o mundo se dispôs a três tipos de reforma, fruto da nova estratégia imperialista, que podem ser resumidas em:

No primeiro mundo, a começar pelos Estados Unidos e pela Inglaterra, o big bang financeiro de Thatcher e

Reagan. O dismantelamento do segundo mundo (as economias planificadas do leste europeu) seria estimulado por diversas vias, e o terceiro mundo seria guiado pelo cabresto da dívida e dos planos de ajuste estrutural recomendados pelo FMI, pelo Banco Mundial e pelos bancos privados credores (Moraes, 2019).

A primeira reforma se refere a desregulação dos mercados financeiros promovida por Margaret Thatcher no Reino Unido e Ronald Reagan nos Estados Unidos, que culminou no domínio do capital financeiro sobre outras formas de capital (industrial, etc.). Em uma ótica leninista-marxista, esse fato representa uma fase do capitalismo, em que o capital fictício (valores financeiros desvinculados diretamente da produção de material) assume um papel central no modo de produção, intensificando as desigualdades de classe e promovendo crises cíclicas, pois os interesses da elite financeira são sobrepostos aos da classe trabalhadora. Como nas palavras do próprio Lenin, “o capital financeiro não é senão o capital industrial que chegou a um certo estágio de desenvolvimento, quando ele se dissocia parcialmente da produção e assume uma forma de capital-dinheiro, reproduzindo-se por meio de operações especulativas, empréstimos e títulos” (Lenin, 2012).

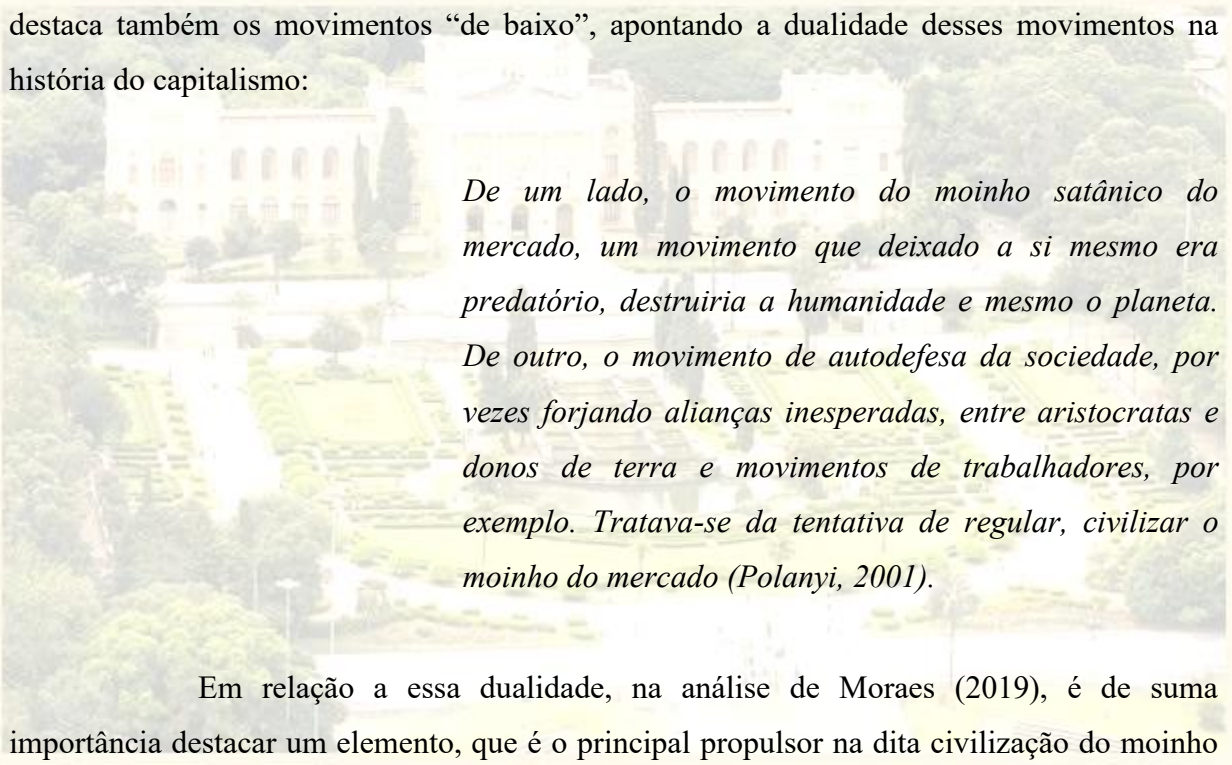
A segunda reforma faz referência às economias planejadas do bloco soviético. Sistema que foi dismantelado pela sua própria incapacidade econômica de competição com o dinamismo do capitalismo globalizado e, também, pela pressão externa, somado a política e ideologias do Ocidente de boicote. No entanto, esse fato destacou que o colapso do “socialismo real” não obsta o socialismo como projeto, uma vez que só evidenciou as contradições específicas dessas experiências históricas. Principalmente destacou a adaptação limitada do capitalismo à exigência do desenvolvimento produtivo e à luta de classes.

A terceira reforma alude ao fato dos países do chamado “terceiro mundo” serem submetidos a uma nova forma de dominação imperialista, isto é, agora não aplicada mediante o aparato bélico e militar, mas por meio da própria economia. Dessa forma, os planos impostos pelo FMI e pelo Banco Mundial, de ajuste estrutural, não refletem neutralidade ou tecnicidade – como deveriam ser formulados –, e sim, táticas para importar relações de dependência e perpetuar o fluxo de valor dos países periféricos para os países centrais. Dinâmica que exemplifica o caráter explorador do capitalismo global, em que a

superexploração do trabalho nos países periféricos sustenta os níveis de consumo e acumulação de capital nos países centrais.

Nessa toada, o mundo apresentava um novo cenário, com um quadro de crescimento econômico, estabilidade política relativa, alinhamentos eleitorais previsíveis e negociações. Esse contexto impactou diretamente as políticas públicas, pois causou certa “redução do Estado que se manifestava, sobretudo, na pressão sobre políticas públicas” (Moraes, 2019). Sendo importante destacar que essas políticas públicas refletiam conquistas seculares dos movimentos populares, em áreas como saúde, educação, previdência etc.

Lado outro, para além das grandes potências e dos grandes movimentos econômicos e políticos, que compõem massivamente o cenário mundial, Polanyi (2001), destaca também os movimentos “de baixo”, apontando a dualidade desses movimentos na história do capitalismo:



De um lado, o movimento do moinho satânico do mercado, um movimento que deixado a si mesmo era predatório, destruiria a humanidade e mesmo o planeta. De outro, o movimento de autodefesa da sociedade, por vezes forjando alianças inesperadas, entre aristocratas e donos de terra e movimentos de trabalhadores, por exemplo. Tratava-se da tentativa de regular, civilizar o moinho do mercado (Polanyi, 2001).

Em relação a essa dualidade, na análise de Moraes (2019), é de suma importância destacar um elemento, que é o principal propulsor na dita civilização do moinho do mercado. Esse elemento é a resistência popular, pois a ela se devem as conquistas das políticas sociais, as regulações econômicas ou as eventuais moderações do capital, por meio das constantes lutas de sindicatos, movimentos sociais, partidos reformistas.

Portanto, para compreender as políticas públicas, a partir do contexto em que estão inseridas, e fechar essa parte do raciocínio, é preciso ter em mente que o capitalismo passou por reformas, isto é, tentativas de tornar esse modo de produção “humanizado” e minimamente civilizado, que são representadas por “bases sociais da esquerda política”. (Moraes, 2019)

Assim, mesmo não sendo revolucionárias, essas bases sociais garantiram direitos sociais e civis no seio dos Estados contemporâneos, ressalvadas as peculiaridades de cada país. Contudo, na contramão desse movimento, ainda pior e mais nocivo é a derrocada recente dessas bases sociais e o enfraquecimento de partidos reformistas. Moraes (2019) explica essa derrocada a partir de eixos que marcaram o capitalismo no fim do século XX:

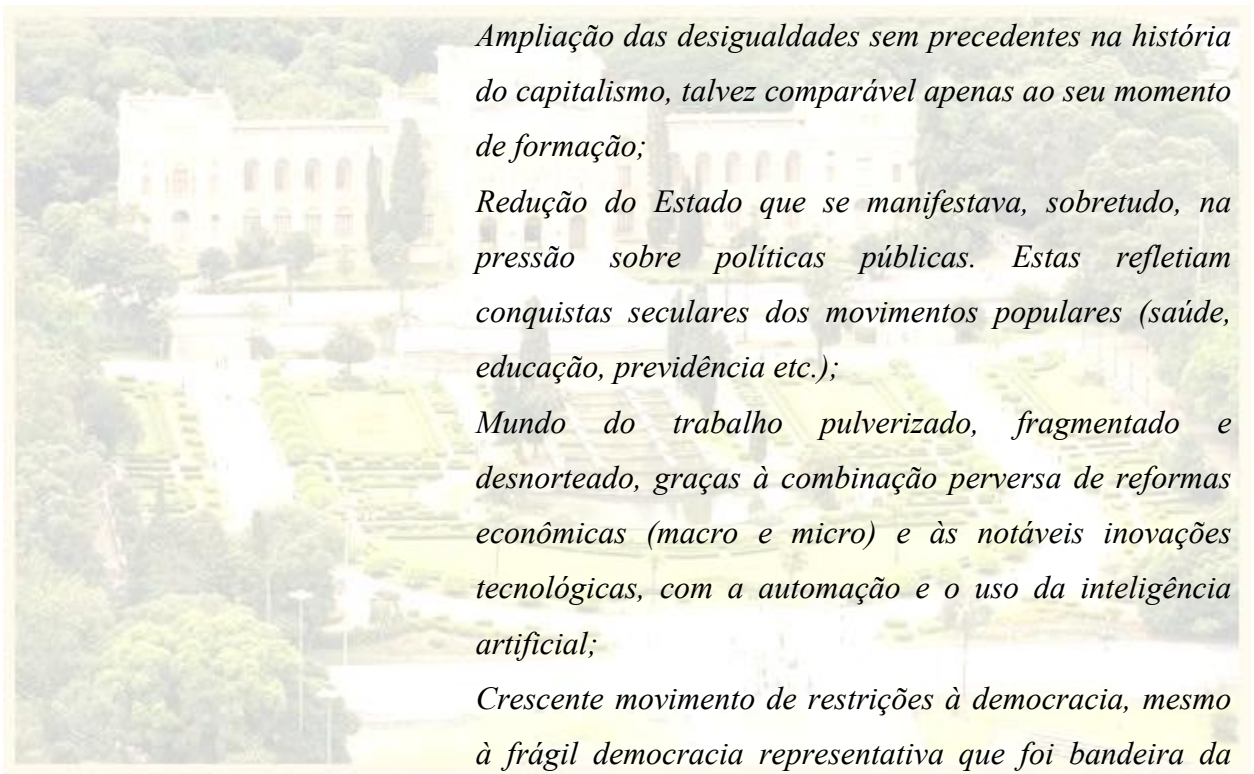
Mudanças rápidas na organização do sistema produtivo, mas crescimento econômico precário e ciclotímico. Abria-se uma era de incerteza ampliada, de insegurança, uma era do medo generalizado;

Ampliação das desigualdades sem precedentes na história do capitalismo, talvez comparável apenas ao seu momento de formação;

Redução do Estado que se manifestava, sobretudo, na pressão sobre políticas públicas. Estas refletiam conquistas seculares dos movimentos populares (saúde, educação, previdência etc.);

Mundo do trabalho pulverizado, fragmentado e desnorteado, graças à combinação perversa de reformas econômicas (macro e micro) e às notáveis inovações tecnológicas, com a automação e o uso da inteligência artificial;

Crescente movimento de restrições à democracia, mesmo à frágil democracia representativa que foi bandeira da reconstrução do pós-guerra (Moraes, 2019).

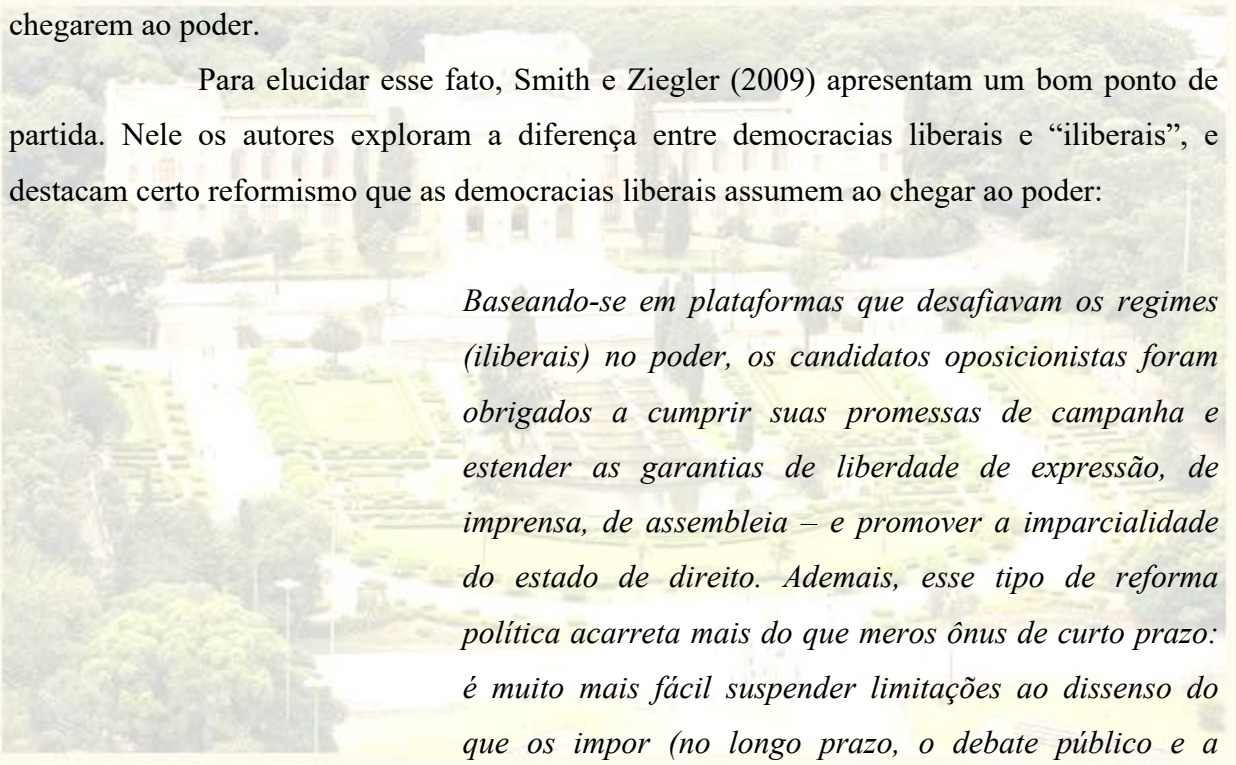


Nesse cenário as políticas públicas se apresentaram como alvo e vítima das ofensivas reacionárias, que tanto assolam a sociedade e se proliferam nessas circunstâncias.

Feita uma breve introdução sobre as políticas públicas e as ameaças que a rodeiam na contemporaneidade, já é possível introduzir o que se entende como uma ação reformista. Uma possível acepção de ação reformista, baseado nos ideais marxistas, seria a ideia de promover reformas no Estado e na política, na tentativa de torná-los mais “humanizados”, ou seja, amenizar a perversidade que já é intrínseca a esse modo de produção.

Nesse sentido, governos que, historicamente, têm se colocado antisistêmicos, dentro de um espectro de esquerda política, isto é, de ruptura com a dominação de classes e as contradições do sistema, quando chegam ao poder, mediante eleições, promovem somente variações na funcionalidade do Estado, ao invés de promover mudanças que alterem substancialmente a realidade concreta. Cabe ressaltar que esse espectro político de esquerda mencionado sequer tem como horizonte a ruptura do sistema, pois a sua própria organização e ascensão para chegada no poder, acontece mediante distorções de seus próprios ideais e coalizões políticas com partidos do conhecido “centrão” na política. Esses atos reformistas se dão em muitas das vezes por concessões políticas, que os próprios políticos de esquerda se sujeitam para acessar cargos políticos expressivos, ou montar coligações partidárias para chegarem ao poder.

Para elucidar esse fato, Smith e Ziegler (2009) apresentam um bom ponto de partida. Nele os autores exploram a diferença entre democracias liberais e “iliberais”, e destacam certo reformismo que as democracias liberais assumem ao chegar ao poder:



Baseando-se em plataformas que desafiavam os regimes (iliberais) no poder, os candidatos opositores foram obrigados a cumprir suas promessas de campanha e estender as garantias de liberdade de expressão, de imprensa, de assembleia – e promover a imparcialidade do estado de direito. Ademais, esse tipo de reforma política acarreta mais do que meros ônus de curto prazo: é muito mais fácil suspender limitações ao dissenso do que os impor (no longo prazo, o debate público e a transparência podem dificultar a reeleição do detentor do cargo e de seu partido, mas isso corresponde a outro tema). Um aspecto, porém, parece surpreendentemente claro: eleições e liderança são capazes de realizar mudanças de peso na vida política dos cidadãos. Em poucas palavras, eleições livres e justas são o calcanhar de Aquiles das democracias iliberais (Smith e Ziegler, 2009).

Mesmo sem propor reformulações mais profundas ao Estado e a política, Smith e Ziegler (2009) destacam um problema contemporâneo que é o problema da democracia. Nesse sentido, pensam esse problema a partir do antagonismo entre democracias liberais e democracias “iliberais”, que compõem o cenário político tanto nacional como internacional, atualmente.

De um lado, as democracias liberais são compostas por elementos como eleições livres e justas, além da proteção constitucional de direitos civis; de outro lado, as democracias “iliberais” combinam eleições livres com a sistemática negação de garantias e direitos civis, sendo entendida como uma forma restritiva de democracia. Além disso, a democracia “iliberal” pode acarretar um cenário onde líderes eleitos suspendem limitações a garantias fundamentais, comprometendo a qualidade dos governos.

O ponto de convergência entre políticas públicas e uma ação reformista, portanto, pode ser encontrado na tentativa de equilibrar o dinamismo e as contradições do capitalismo com as demandas que emanam do povo na contemporaneidade. Ambas têm como objetivo diminuir as desigualdades produzidas pela lógica do mercado, promovendo mudanças dentro dos limites estruturais do sistema, sem, entretanto, romper com ele.

As políticas públicas enquanto instrumentos do estado são moldadas pelas lutas históricas de movimentos populares, sindicatos e partidos reformistas, que buscam incorporar direitos e garantias sociais ao arcabouço estatal, como forma de proteger os mais vulneráveis dos impactos do capitalismo. No mesmo sentido, a ação reformista busca transformar o Estado em uma ferramenta de mediação e civilização do "moinho satânico" descrito por Polanyi (2001), utilizando reformas para tornar as relações sociais e econômicas menos opressivas.

Entretanto, o desafio desse ponto de convergência está na limitação intrínseca do reformismo, que muitas vezes é absorvido pela lógica do sistema capitalista, neutralizando seu potencial transformador. Com isso, ao invés de representar um passo rumo à ruptura, as reformas podem se tornar um fim em si mesmas, consolidando a funcionalidade do capitalismo ao invés de questioná-la profundamente.

Em outras palavras: enquanto a ação reformista encontra nas políticas públicas um veículo para operar mudanças sociais, a sua efetividade – e aqui está o *core* da questão – depende de um constante tensionamento crítico, para que não se torne uma mera administração das desigualdades estruturais, mas, sim, um propulsor para transformações mais profundas no horizonte político e econômico.

4.3. LIMITAÇÕES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: O CASO DO BOLSA FAMÍLIA

Para tratar das limitações das políticas públicas de transferência de renda como instrumento de transformação social, respeitando os ganhos sociais que estas oportunizaram ao longo do tempo, mas sem perder o horizonte crítico de análise da possibilidade real de mudanças na desigualdade entre classes, retomemos o exemplo do programa Bolsa Família.

O caso específico do programa Bolsa Família será usado devido sua capilaridade com o tema central desta pesquisa e do objetivo específico a que essa subseção se propõe, isto é, elucidar os limites encontrados dentro da estrutura de um Estado capitalista, para mediante políticas públicas, alterar a ordem econômica e as profundas desigualdades sócias.

Para uma análise crítica do programa é importante examiná-lo enquanto agenda de política pública e ferramenta de consolidação de direitos fundamentais. Para tanto, vale-se do seguinte entendimento:

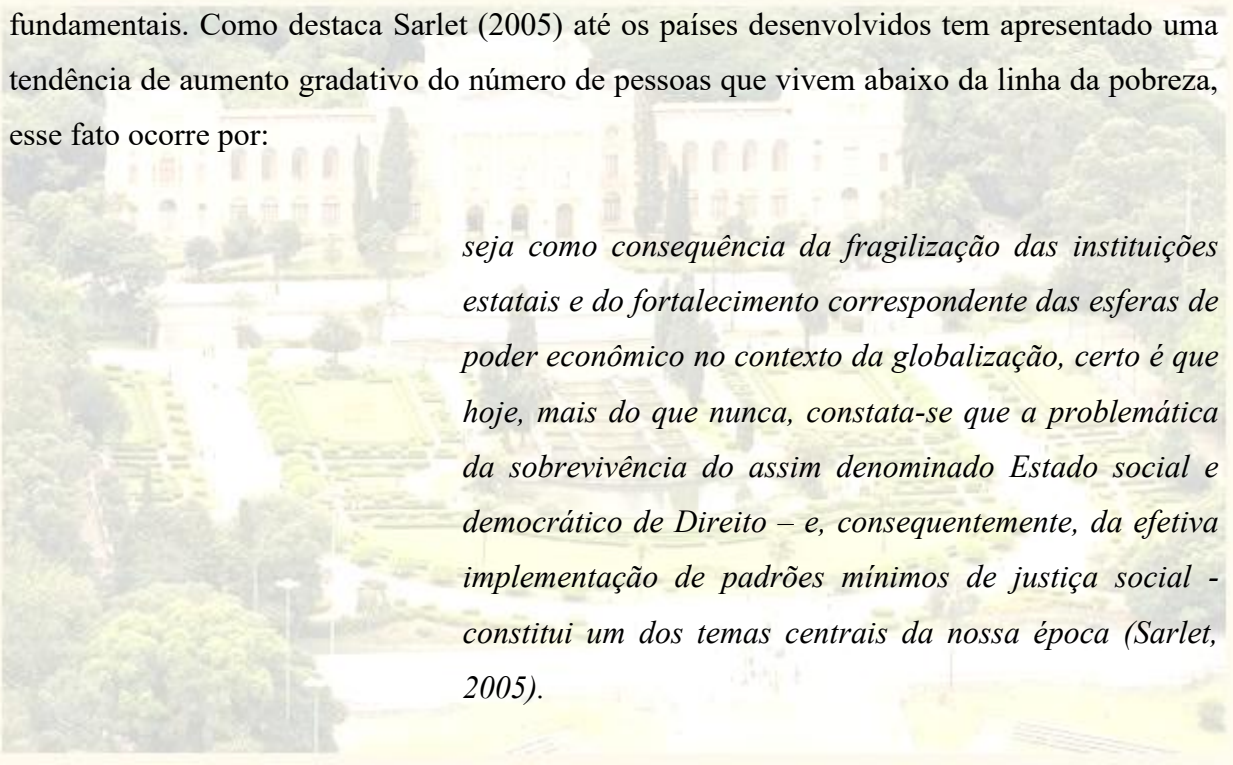
[...] a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial. Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares (Barroso, 2010).

Nessa perspectiva, mesmo que o direito ao mínimo existencial não esteja expressamente previsto em documentos constitucionais ou internacionais, sua estatura enquanto direito digno de ser considerado constitucional é amplamente reconhecida. Mas, utilizando a Constituição brasileira como parâmetro, há a tentativa pelas políticas públicas de ampliar direitos à educação básica, à saúde essencial e à assistência aos desamparados, como é o caso do programa Bolsa Família.

É nesse contexto que o PBF se insere e dá holofote a suas próprias medidas e resultados, uma vez que, iniciando pelo efetivo reconhecimento dos indivíduos que carecem

da assistência do Bolsa Família, e passando pela correta distribuição de recursos, isto é, o cumprimento da sua função de forma assertiva enquanto política de transferência de renda, acaba por realizar o cumprimento de seus objetivos e uma visão positiva do programa pela sociedade. Aqui se nota a importância de uma agenda de políticas públicas, que, também, envolve o PBF para efetivar direitos básicos para grupos vulneráveis e garantir o mínimo existencial, pois ao “integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador” (Barroso, 2010).

Ainda, destaca-se a relevância de programas sociais como o Bolsa família em obstar o retrocesso social no direito constitucional brasileiro, garantindo a eficácia de direitos fundamentais. Como destaca Sarlet (2005) até os países desenvolvidos tem apresentado uma tendência de aumento gradativo do número de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza, esse fato ocorre por:



seja como consequência da fragilização das instituições estatais e do fortalecimento correspondente das esferas de poder econômico no contexto da globalização, certo é que hoje, mais do que nunca, constata-se que a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado social e democrático de Direito – e, consequentemente, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social – constitui um dos temas centrais da nossa época (Sarlet, 2005).

Contudo, mesmo destacando a importância de programas como o PBF para garantir direitos fundamentais, Sarlet não perde o viés crítico do dito “Welfare State”, em oportunizar igualdades materiais por meio de políticas públicas:

A já corriqueira afirmativa de que o “Welfare State” ou Estado-Providência se encontra gravemente enfermo, além de constantemente submetido à prova, não perdeu, portanto, sua atualidade, não sendo à toa que já se fala até mesmo na formação de um Estado pós-social,

impregnado dos contrastes e da complexidade da pós-modernidade. Que as discussões de longe já não se restringem mais à esfera da análise política, sócio-econômica e jurídica, mas se transformaram na preocupação de larga parcela da humanidade pela manutenção de seu padrão de vida e até mesmo pela sua sobrevivência resulta mais do que evidente (Sarlet, 2005).

Para alcançar resultados concretos o PBF tem, como uma política de transferência de renda, reunido esforços com as políticas de assistência social. Bichir (2016) destaca como essa articulação tem crescido no âmbito municipal, uma vez que boa parte da gestão municipal do PBF, começando pelo cadastramento até o controle social, passando pelo acompanhamento das condicionantes, tem ficado a cargo da assistência social. Esse fato foge da ideia institucionalista inicial do programa, que compõe a burocracia da transferência de renda, dando espaço a um processo que utiliza de capacidades e instrumentos desenvolvidos a partir do estímulo gerado pelo SUAS¹⁶, compartilhando objetivos e atuando juntos na maior relevância do programa.

Com a consolidação do SUAS atuando nesse escopo, tem se notado o impacto no próprio número de beneficiários do PBF, uma vez que devido a expansão da rede de equipamentos públicos da assistência social, a capilaridade do cadastramento de potenciais beneficiários no plano municipal aumentou. Essa articulação entre PBF e assistência social acaba por gerar outros pontos positivos na realidade do programa como:

a consideração da vulnerabilidade das famílias para além da renda; discussão de uma perspectiva integral de atendimento às famílias; e também a efetividade da chamada 'busca ativa', que permite ao Estado encontrar as famílias mais vulneráveis e direcioná-las às diversas

¹⁶ Em apertada síntese, o SUAS (Sistema Único de Assistência Social) é uma estrutura organizacional do Brasil para a oferta de serviços de assistência social. Criado pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) em 1993, visa garantir a proteção social aos cidadãos em situação de vulnerabilidade e risco social, por meio de uma rede descentralizada de serviços, programas e benefícios. O SUAS é responsável por articular e coordenar as ações de assistência social nos níveis federal, estadual e municipal, garantindo a implementação de políticas públicas voltadas para a promoção da cidadania, igualdade e bem-estar social. Ele envolve serviços como acolhimento, proteção social básica e especializada, e programas de transferência de renda, como o Bolsa Família.

políticas sociais, reconhecendo a multidimensionalidade da pobreza” (Bichir, 2016).

De outro lado, Costa, Magalhães e Cardoso (2023) chamam a atenção para efeitos indiretos do programa, que passam por vezes despercebidos, mas que são essenciais para o impacto positivo na sociedade, dos quais se destaca:

Alguns trabalhos, que veremos a seguir, já analisaram os efeitos de programas de transferência de renda sobre o PIB e o crescimento econômico. A hipótese central desses trabalhos é de que as transferências poderiam levar a um aumento da renda das famílias não somente pelo canal direto, porém, adicionalmente, por meio de efeitos de segunda ordem. As famílias receberiam a renda e, ao consumirem determinados bens, levariam a um aumento de preços, que por sua vez induziria a um aumento da produção. Esse geraria um crescimento da demanda por trabalho, que levaria a novos aumentos da renda, via mercado de trabalho e lucros das empresas. Um ponto adicional é de que, uma vez que os beneficiários de programas sociais como o PBF e o BPC possuem renda baixa, eles teriam propensão ao consumo relativamente maior, o que impulsionaria a dinâmica do fluxo circular da renda. (Costa, Magalhães, Cardoso, 2023).



Evidencia-se, nestes termos, a relevância multifacetada do PBF, promovendo efeitos multiplicadores e significativos no consumo e na produção, criando uma escala que, de certa forma, fomenta o crescimento econômico. Desse modo, o impacto econômico acaba por integrar as famílias mais vulneráveis ao mercado de consumo e da maior dinamicidade a economia local, especialmente em municípios com baixa atividade econômica.

Contudo, mesmo sendo aglutinador de mudanças significativas e relevantes com o intuito de erradicar a pobreza, o PBF não escapa à lógica do modo de produção capitalista, em sua reprodução mais recente, o neoliberalismo. Nesse sentido, os ganhos

oportunizados pelo programa com o horizonte de cessar as desigualdades não serão possíveis dentro dessa estrutura estatal. A dinâmica do capital acaba por perpetuar o poder na mão de uma pequena parcela da população em desfavor de milhões que vivem em situações desumanas, e que recorrem a benefícios, como o PBF, para alcançar patamares mínimos para sua sobrevivência – que nem sempre são alcançados. Nesse ponto, há a necessidade de uma reflexão profunda quanto as limitações das políticas públicas – e do próprio Estado como um todo – para reverter esse cenário socioeconômico e gerar igualdade material entre seus cidadãos.

O capitalismo é um sistema inerentemente contraditório. Esse fato foi comprovado nas últimas décadas pelo recrudescimento das políticas liberais, nos países centrais, por conta do neoliberalismo. Essa nova vertente liberal, destoando do que era proposto pelo liberalismo clássico, oferece uma nova faceta da organização estatal, o Estado mínimo, com o objetivo principal de gerir as demandas do capital, deixando em segundo plano as necessidades sociais da sociedade (Silva et al., 2018).

Com a ruína do modelo de Estado keynesiano, como destaca Grespan (2015), as atribuições que ele detinha foram repassadas para a iniciativa privada, contudo, algumas demandas sociais não eram atendidas pelas empresas, o que culminou na inserção de ONG's nesse espaço, que passaram a absorver essas demandas a partir da década de 1990.

Nesse sentido, ONG's, movimentos sociais e outros atores sociais passaram a ocupar o espaço deixado pelo Estado e levar suas demandas para além da lógica de mercado, buscando soluções coletivas. Adotaram o modelo de Gestão Social, buscando afastar-se de premissas individualistas e dedicar-se a uma construção coletiva da administração pública, estimulando a participação ativa da sociedade, o que coloca a população como fator decisivo nas decisões da gestão.

Contudo, como constata Grespan (2015), essa união de esforços, longe de atuar para superar do sistema atual, acaba por justificar a existência do próprio sistema. Assim, é possível entender que “evidentemente elas [ONG's] são funcionais para o sistema capitalista, contribuindo para a sua reprodução. Por isso não vão revolucionar nada, ao contrário: na melhor das hipóteses, podem ajudar o capital a continuar se acumulando” (Grespan, 2015).

Algumas passagens ilustram o que se depreende dos debates políticos atuais sobre políticas públicas: (i) a “reconfiguração do debate sobre o papel dos Estados de bem-estar e das sociedades democráticas na superação da pobreza, renovando o interesse contemporâneo sobre o tema, especialmente pós-década de 1980” (Costa, Magalhães e

Cardoso, 2023); (ii) “As políticas de transferência de renda podem ser entendidas como uma resposta a esse desafio, no marco do debate sobre proteção social” (Costa, Magalhães e Cardoso, 2023); (iii) “O debate sobre garantia de orçamento para o programa de transferência de renda teve grande destaque no período, reafirmando a importância do tema na agenda pública” (Costa, Magalhães e Cardoso, 2023).

Falas como essas colacionadas contribuem para confirmar o fato de que os grupos políticos com viés progressista, em uma perspectiva desenvolvimentista, dominam esses debates sobre políticas públicas, uma vez que os grupos de esquerda com uma perspectiva revolucionária não tratam do assunto diretamente, preocupados, muitas vezes, com as críticas mais estruturantes do modo de produção vigente, culminando em uma desqualificação sistemática do debate.

Essa inaplicabilidade da política pública enquanto estrutura de concretização de direitos sociais foi demonstrada pela análise histórico-política materialista acima, partindo de perspectivas jurídicas que analisam a garantia de direitos fundamentais, como outras que se voltam a limitação imposta e orgânica a esses mesmos institutos pela conformação estatal capitalista. Nesse sentido, é possível vislumbrar que as políticas públicas de transferência de renda, como o PBF, tratado nessa subseção, são meios limitados e não resolvem os problemas estruturais, e, logo, não devem ser um instrumento utilizado para mudanças mais radicais pela classe trabalhadora.

5. CONCLUSÕES

Esta pesquisa se prestou a analisar, de modo inicial, a natureza e fundamento da categoria “política pública”, explorando sua essencialidade para compreender o próprio funcionamento e as dinâmicas que entrecortam um Estado capitalista dependente, no momento de sua criação imbricada a este ente. As políticas públicas, enquanto instrumentos do Estado, são moldadas por lutas históricas de movimentos populares, que geralmente tinham como vanguarda, partidos políticos reformistas, que sempre buscaram incorporar direitos sociais ao arcabouço estatal. Entretanto, essa abordagem reformista, ao invés de romper com as estruturas que perpetuam a desigualdade, frequentemente se limita a uma administração das desigualdades existentes, consolidando a funcionalidade do capitalismo.

A análise histórico-política materialista do impacto das políticas públicas, com a especificidade, em alguns momentos, do Programa Bolsa Família, evidenciou que, embora essas iniciativas possam oferecer alívio temporário para os mais vulneráveis, elas não abordam as raízes estruturais da pobreza e da desigualdade. O caráter conciliatório das políticas públicas, que busca humanizar o sistema capitalista, acaba por neutralizar seu potencial transformador, tornando-se em um fim em si mesmas. Assim, a efetividade das ações reformistas depende sim da sua ampliação e da tentativa de atingir os objetivos presentes em seus escopos atuais, para amenizar o açoitado histórico de alguns grupos postos na linha da pobreza; todavia, mais importante ainda é manter concomitante a esses projetos um constante tensionamento crítico sobre os limites materiais desses programas, que, se ausente, resulta em uma mera administração das desigualdades pelas políticas públicas, sem promover mudanças profundas no horizonte político e econômico.

Portanto, a conclusão a que se chega é a de que, dada a natureza reformista das políticas públicas, não há como superar as desigualdades estruturais por meio delas. Para que se efetivem transformações significativas, é necessário um movimento que vá além das reformas, questionando e desafiando as bases do sistema socioeconômico vigente. Isto é, para que uma mudança substancial aconteça, esta luta política precisa avançar para além dos limites jurídicos até então estabelecidos, colocando em xeque a ordem constitucional burguesa que legitima a miséria de muitos e a abundância de poucos. A questão passa, portanto, por uma perspectiva de superação do próprio capitalismo que, certamente, não se dará pelas vias jurídicas postas pela classe dominante.

6. BIBLIOGRAFIA

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Formas sociais, derivação e conformação**. REVISTA DEBATES. Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 05-16. 2019.

VESTENA, Carolina Alves. **Caminhos Teórico-Metodológicos para Uma Análise Histórico-Materialista do Direito nas Políticas Públicas**. In: José Ricardo Cunha. (Org.). *Epistemologias Críticas do Direito*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 279-298. ISBN: 9788584407750]. 2016.

OPRATKO, Benjamin. **Hegemonie**. Einstiege Bd. 21. Münster: Verlag Westfälisches Dampfboot. 2014.

VESTENA, Carolina Alves. **Política Pública e Regulação: para uma análise histórico-materialista do programa Bolsa Família no Brasil**. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 6, Núm. 15, set./dez., 2019

SOUZA, C. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 20-45

OBERNDORFER, Lukas, e IMAYNA, Caceres. “**Verlangt das Gesetz der bürgerlichen Sicherheit die Einschränkung der politischen Freiheiten? Spanien und die Neuzusammensetzung von Zwang und Konsens im autoritären Wettbewerbsetatismus**”. juridikum 4: 453–63. 2013.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. São Paulo (SP): Martins Fontes - Selo Martins. 2008.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo. 2011.

BUCKEL, Sonja, et al. “**Staat, Europa und Migrationskontrollen. Theoretische Grundlagen einer materialistischen Perspektive**.” In Kämpfe um Migrationspolitik: Theorie, Methode und Analysen kritischer Europaforschung, organizado por Forschungsgruppe “Staatsprojekt Europa”, Auflage: 1., Aufl. Bielefeld: Transcript. 2014.

MIOTO, Regina Célia Tamasso; NUNES, Renata; MORAES, Patricia Macarini; HORST, Claudio Henrique Miranda. **O familismo na política social: aproximações com as bases da formação sócio-histórica brasileira**. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, Espírito Santo, 2018.

SOARES, Raí Vieira; e BURGINSKI, Vanda Micheli. **Estado e política social no capitalismo dependente: diálogos com Ruy Mauro Marini e Florestan Fernandes**. Revista Humanidades e Inovação, v.8, n.39, 2021.

CURRALERO, Claudia Regina Baddini. **O enfrentamento da pobreza como desafio para as políticas sociais no Brasil : uma análise a partir do Programa Bolsa Família**. Tese de Doutorado, Campinas: Instituto de Economia da UNICAMP. 2012.

VESTENA, Carolina. **Uma análise do processo de institucionalização do programa Bolsa Família**. Desigualdade, Direito e Estratégias Políticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

PASE, Hemerson Luiz; e MELO, Claudio Corbo. **Políticas públicas de transferência de renda na América Latina**. REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Rio de Janeiro, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. Boitempo editorial, 2013.

SOUZA, Matheus Silveira de; BUCCI, Maria Paula Dallari. **O estado da arte da abordagem direito e políticas públicas em âmbito internacional: primeiras aproximações.** REI-Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 833-855, 2019.

DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social.** Educ. Soc., Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, Outubro. 2007.

MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa de. **Como este mundo se tornou possível? Do capitalismo organizado à desordem presente.** Educação & Sociedade, v. 40, p. e0221702, 2019.

POLANYI, M. **A Grande Transformação: as origens políticas e econômicas de nosso tempo.** Lisboa: Edições 70, 2001.

LENIN, Vladímir Ilíich Uliánov. **Imperialismo: fase superior do capitalismo.** Germinal: marxismo e educação em debate, v. 4, n. 1, p. 144-224, 2012.

SMITH, Peter H.; ZIEGLER, Melissa R. **Democracias liberal e iliberal na América Latina.** Opinião Pública, v. 15, p. 356-385, 2009.

SILVA, Wagner Pires da; et al. **Reformismo em desencanto: as políticas públicas e o estado no capitalismo.** Cadernos do GPOSSHE On-line, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 208-225, 2018.

HIRSCH, Joachim. **Teoria materialista do Estado: processos de transformação do sistema capitalista de Estado.** Tradução de Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

PACHUKANIS, Evguíeni B. **Teoria geral do direito e marxismo.** Boitempo Editorial, 2017.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos.** São Paulo: Cengage Learning, 2014.

POULANTZAS, Nicos. **Poder Político e Classes Sociais.** São Paulo: Martins Fontes, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro.** Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111-156, out./dez. 2005.

BICHIR, Renata. **Novas agendas, novos desafios reflexões sobre as relações entre transferência de renda e assistência social no Brasil.** Novos estudos CEBRAP, v. 35, p. 111-136, 2016.

COSTA, Delaine Martins; MAGALHÃES, Rosana; CARDOSO, Maria Lúcia de Macedo. **Do Bolsa Família ao Auxílio Brasil: desafios e alcances a partir de uma pesquisa avaliativa baseada na teoria do programa.** Cadernos de Saúde Pública, v. 39, p. e00207922, 2023.

GRESPLAN, Jorge. **Crítica da Economia Política, por Marx.** In: Curso livre Marx-Engels: a criação destruidora. Org. José Paulo Netto. São Paulo: Boitempo, Carta Maior, 2015.

SILVA, Wagner Pires da; et al. **Reformismo em desencanto: as políticas públicas e o estado no capitalismo.** Cadernos do GPOSSHE On-line, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 208-225, 2018.

SILVA, Christian Luiz da; BASSI, Nadia Solange Schmidt. **Políticas públicas e desenvolvimento local.** In: Políticas Públicas e desenvolvimento local: instrumentos e proposições de análise para o Brasil. Christian Luiz da Silva (org). Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

CARTER, Miguel. **O MST e a luta pela reforma agrária no Brasil.** São Paulo: Editora UNESP, 2010.

IANNI, Octavio. **Capitalismo, violência e terrorismo.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CORRÊA, Sérgio Roberto Moraes; DO NASCIMENTO, Maycom Douglas Ferreira. **MST, agroecologia e educação do campo na Amazônia: um estudo sob o enfoque das epistemologias do sul.** Revista Tempos e Espaços em Educação, v. 12, n. 29, p. 10, 2019.

FAGNANI, Eduardo. **Política Social no Brasil (1964-2002): entre a cidadania e a caridade.** Tese de Doutorado, Campinas: Universidade de Campinas - Instituto de Economia. 2005.

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



PRESIDENCIALISMO EM XEQUE?

IS PRESIDENTIALISM IN CHECK?

Julio Benchimol Pinto¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6024-3184>

Submissão: 02/07/2025

Aprovação: 08/07/2025

RESUMO:

Este artigo analisa a hipótese de que o sistema de governo brasileiro, embora formalmente presidencialista, tem operado na prática como um semipresidencialismo informal desde o impeachment de Dilma Rousseff em 2016. Contrastando os governos de Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, marcados por coalizões estáveis, com os períodos de Michel Temer e Jair Bolsonaro, observa-se a emergência de um arranjo político em que o Congresso Nacional exerce papel de co-governança, especialmente por meio do controle orçamentário. A análise aborda a evolução das emendas impositivas, o orçamento secreto (RP9), a atuação do Supremo Tribunal Federal como moderador e o fortalecimento do Centrão. Conclui-se que, embora sem previsão constitucional, o Brasil vive um híbrido anômalo entre presidencialismo e semipresidencialismo, com risco de erosão da responsabilidade política e fragmentação da governabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Presidencialismo de coalizão. Semipresidencialismo. Orçamento secreto. Congresso Nacional e STF. Governabilidade.

ABSTRACT:

This article examines the hypothesis that, although Brazil is formally a presidential system, it has been functioning in practice as a form of informal semi-presidentialism since the

¹ Advogado, doutor em Sociologia pela UnB e pesquisador visitante pelas universidades de Oxford e Duke. É autor de trabalhos sobre teorias do discurso, diálogos institucionais, entre tantos outros.
E-mail: julio@benchimolpinto.com - Ark:/80372/2596/v16/016

impeachment of Dilma Rousseff in 2016. By contrasting the stable coalition governments of Fernando Henrique Cardoso and Luiz Inácio Lula da Silva with the administrations of Michel Temer and Jair Bolsonaro, the article identifies a shift towards a political arrangement in which the National Congress assumes co-governance, especially through budget control. It analyzes the evolution of parliamentary amendments, the so-called “secret budget” (RP9), the moderating role of the Supreme Federal Court, and the strengthening of the Centão bloc. The article concludes that Brazil currently operates under an anomalous hybrid system, posing risks to political accountability and governability.

KEYWORDS: Coalition presidentialism. Semi-presidentialism. Secret budget. National Congress and Supreme Court. Governability.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil adota formalmente um sistema presidencialista desde 1989, mas eventos políticos recentes suscitam debates sobre uma possível metamorfose informal desse sistema. A partir dos governos de Michel Temer (2016-2018) e Jair Bolsonaro (2019-2022), muitos observadores apontam que o modelo vigente se aproximou de um semipresidencialismo de fato, dada a crescente influência do Congresso Nacional (Poder Legislativo) e do Supremo Tribunal Federal (Poder Judiciário) nas decisões de governo. Esse fenômeno contrasta com os governos anteriores de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), quando o Presidente da República exercia papel mais hegemônico dentro do arranjo conhecido como “*presidencialismo de coalizão*”. A seguir, analisamos a evolução das relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário ao longo desse período, considerando o segundo mandato de Dilma Rousseff (2015-2016) como fase de transição. Serão examinados o papel do Centrão e das coalizões parlamentares, além do fortalecimento do Congresso e do STF como contrapesos ou co-governantes do Executivo, com exemplos concretos (emendas constitucionais, “orçamento secreto”, decisões do STF, impeachment etc.) e o respaldo de análises acadêmicas em ciência política e direito constitucional.

2. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO NOS GOVERNOS FHC E LULA (1995-2010)

Durante os dois mandatos de Fernando H. Cardoso (FHC) e os dois primeiros de Lula, prevaleceu o chamado presidencialismo de coalizão, termo cunhado pelo cientista político Sérgio Abranches. Nesse arranjo, apesar do sistema multipartidário fragmentado, o Presidente conseguia formar coalizões estáveis no Congresso mediante distribuição de ministérios, liberação de verbas discricionárias e outras barganhas políticas para obter apoio legislativo (LUZ, 2025). O Executivo detinha controle quase absoluto sobre a execução orçamentária: ainda que parlamentares incluíssem emendas ao Orçamento, a liberação desses recursos era discricionária e sujeita à vontade do Presidente (LUZ, 2025). Esse poder conferia ao Planalto uma ferramenta central de negociação – resumida na expressão “é dando que se recebe”, atribuída a Roberto Cardoso Alves (1927-1996), um líder do centrão nos anos 1990. Consequentemente, embora o Congresso dispusesse formalmente de poderes legislativos amplos, na prática ele frequentemente atuava alinhado às prioridades do Executivo.

Os governos FHC e Lula 1-2 lograram aprovar reformas importantes (privatizações, emendas constitucionais, programas sociais) valendo-se desse mecanismo. Indicadores legislativos ilustram a força do Planalto na época: por exemplo, no primeiro mandato de Lula, cerca de 93,9% das Medidas Provisórias (MPs) editadas pelo Executivo foram aprovadas pelo Congresso, evidenciando alta taxa de cooperação legislativa (LUZ, 2025). Mesmo no segundo mandato Lula essa taxa se manteve elevada (86,3%), e no primeiro governo Dilma alcançou 82,7% (LUZ, 2025). Ou seja, até o início da década de 2010, o padrão era um Presidente forte liderando uma coalizão governista ampla, com o Congresso relativamente submisso às negociações tradicionais (cargos e verbas) – e o Judiciário mantendo-se, em geral, como árbitro jurídico, sem intervir diretamente na condução política cotidiana.

3. RUPTURA E TRANSIÇÃO: O GOVERNO DILMA ROUSSEFF (2011-2016)

No governo Dilma Rousseff observamos tensões crescentes no presidencialismo de coalizão, a ponto de alguns autores falarem em esgotamento do modelo

(LUZ, 2025). Dilma enfrentou dificuldades maiores na relação com o Legislativo, especialmente em seu segundo mandato (2015-2016). Fatores como o desgaste político após protestos de 2013, a exposição de escândalos de corrupção (Operação Lava Jato) e a economia em crise minaram sua base congressual. A presidente viu-se às voltas com uma “rebelião parlamentar” conduzida por setores do próprio governismo e da oposição, notadamente o chamado Centrão – bloco informal de partidos médios à direita, liderado então pelo presidente da Câmara Eduardo Cunha. Cunha, eleito em 2015 contra o candidato apoiado por Dilma, passou a emparedar o Planalto, pautando votações contrárias aos interesses do governo e finalmente acolhendo o pedido de impeachment da presidente no fim de 2015.

Como reação (ou tentativa de apaziguar os congressistas), Dilma sancionou a Emenda Constitucional nº 86/2015, que tornou obrigatória a execução de parte das emendas individuais ao orçamento (LUZ, 2025). Essa concessão – feita “em meio ao desespero de Dilma em evitar o avanço de seu impeachment” (LUZ, 2025) – amputou o poder presidencial de segurar as emendas parlamentares, ao garantir aos deputados e senadores a liberação de até 1,2% da Receita Corrente Líquida em emendas individuais impositivas. Tratou-se de um marco importante: pela primeira vez, o Congresso garantia por lei uma fatia fixa do Orçamento anual sem depender da benevolência do Executivo. Ainda assim, tal gesto não foi suficiente para salvar Dilma. Em abril de 2016, a Câmara aprovou a abertura do processo de impeachment e, em agosto, o Senado a afastou definitivamente. O impeachment de Dilma – motivado pelas chamadas “pedaladas fiscais” – evidenciou que a perda de apoio legislativo passou a comprometer não apenas a agenda de governo, mas a própria estabilidade do mandato presidencial (LUZ, 2025). Esse episódio sinaliza uma inflexão histórica: o Legislativo mostrou força para derrubar um Presidente, algo visto somente em 1992 (Fernando Collor) no período pós-1988. Muitos analistas consideram o governo Dilma como um momento de transição, em que o desequilíbrio na relação Executivo–Legislativo se acentuou, abrindo caminho para mudanças institucionais nos anos seguintes.

4. GOVERNO TEMER E BOLSONARO: SEMIPRESIDENCIALISMO DE FATO?

Com Michel Temer assumindo a presidência em 2016, iniciou-se um arranjo político diferente, caracterizado por alguns como “parlamentarismo branco” ou

semipresidencialismo informal (LUZ, 2025). Temer era do MDB (partido do Centrão) e somente chegou ao poder graças à articulação parlamentar que afastou Dilma. Embora formalmente Presidente, ele atuou mais como um “primeiro-ministro” dependente do Parlamento, sendo ele próprio um experiente e habilidoso articulador político. Seu governo distribuiu fartamente ministérios e emendas para manter o apoio dos deputados – afinal, Temer enfrentou duas denúncias criminais em 2017 que só não prosperaram porque a Câmara dos Deputados barrou seu processamento, num claro exemplo de salvaguarda oferecida pelo Centrão. Em contrapartida, o Congresso avançou suas posições. Em 2017, por exemplo, líderes congressistas praticamente impuseram a Emenda do Teto de Gastos (EC 95) e outras pautas de ajuste fiscal, com Temer tendo pouco espaço para divergir dada sua fragilidade política.

No campo orçamentário, o período Temer consolidou a tendência iniciada com Dilma: o Orçamento impositivo foi ampliado. Em 2019, já sob Bolsonaro mas com amplo apoio multipartidário, aprovou-se a Emenda Constitucional nº 100/2019, que tornou obrigatória também a execução das emendas de bancada estaduais (as emendas coletivas), até 1% da RCL (LUZ, 2025). Nesse mesmo ano, o Congresso aprovou mudanças na LDO/LOA que fortaleceram as emendas de comissão e as emendas do relator-geral do orçamento (identificadas como RP9). Essa última inovação – as emendas RP9 – ficou conhecida posteriormente como “orçamento secreto”. Em 2020, sob a gestão Bolsonaro, o relator Domingos Neto direcionou cerca de R\$ 30 bilhões em verbas via RP9, distribuindo recursos a parlamentares sem transparência na autoria das solicitações. O efeito colateral foi o fortalecimento sem precedentes das cúpulas do Congresso (presidentes da Câmara e do Senado), que passaram a controlar a chave de distribuição dessas verbas extras (LUZ, 2025).

Jair Bolsonaro, por sua vez, foi eleito em 2018 com discurso antissistema, prometendo governar sem o “toma lá dá cá” dos partidos. Nos primeiros dois anos, tentou manter-se apartado das barganhas tradicionais, mas o resultado foi um isolamento político: suas iniciativas legislativas emperraram e ele acumulou derrotas no Congresso. Em 2020, pressionado por dezenas de pedidos de impeachment e investigações, Bolsonaro promoveu uma guinada e se aliou ao Centrão, entregando posições chave (ministérios, estatais) a partidos como PP, PL e Republicanos. Em troca, conquistou proteção política – por exemplo, o presidente da Câmara Arthur Lira (PP-AL), aliado de Bolsonaro a partir de 2021, simplesmente engavetou todos os pedidos de impeachment contra ele. Contudo, o preço dessa aliança foi ceder parcelas consideráveis de poder ao Legislativo. O orçamento federal de 2021

e 2022 foi marcado pelo recorde de verbas direcionadas via “orçamento secreto” a redutos de parlamentares governistas, em detrimento de programas prioritários nacionais. Em suma, durante o governo Bolsonaro o Congresso atuou quase como um “co-governante”: controlando praticamente o orçamento sem ter, entretanto, responsabilidade administrativa direta (TEMER, 2025).

Do ponto de vista da dinâmica institucional, esse arranjo lembra traços de um semipresidencialismo: o presidente compartilha o poder de fato com líderes do Legislativo (como se estes fossem um premiê coletivo). Não há, evidentemente, uma figura formal de primeiro-ministro no Brasil, mas na prática o Presidente da Câmara dos Deputados tornou-se um ator quase equivalente a um chefe de governo. Críticos chamam essa situação de “*parlamentarismo informal*”, mas apontam que ela ocorreu à revelia da Constituição e das normas vigentes (ABRANCHES, 2025). Sérgio Abranches, por exemplo, argumenta que o que há hoje é “um presidencialismo de coalizão sem coalizão majoritária de governo”, isto é, um presidente isolado, com base minoritária, e um orçamento em grande parte capturado pelo Parlamento, sem que se tenha construído uma fórmula institucional estável (ABRANCHES, 2025). Para ele, chamar isso de semipresidencialismo é impreciso: “*O que o deputado chama de semipresidencialismo é a usurpação do poder executivo do presidente na execução orçamentária*”, observa Abranches, diferenciando o fenômeno atual do conceito clássico de semipresidencialismo (que envolve presidente e primeiro-ministro compartilhando o Executivo, com este último necessitando de apoio do parlamento). Em outros termos, a governança brasileira pós-2016 tende a um compartilhamento informal do poder – *de facto* e não *de jure* – entre Executivo e Legislativo (LUZ, 2025).

5. MECANISMOS DO FORTALECIMENTO DO CONGRESSO: EMENDAS IMPOSITIVAS E ORÇAMENTO SECRETO

Os governos Temer e Bolsonaro assistiram, portanto, a um salto de poder do Congresso Nacional, especialmente sobre o Orçamento público. Como vimos, duas emendas constitucionais (EC 86/2015 e EC 100/2019) instauraram o Orçamento impositivo, garantindo que tanto as emendas individuais quanto as de bancada tivessem execução obrigatória (LUZ, 2025). Com isso, diminuiu-se drasticamente a capacidade do Presidente contingenciar verbas para forçar apoio político. Além disso, a partir de 2020, o expediente das emendas de relator

(RP9) permitiu destinar somas bilionárias a projetos indicados por parlamentares, sem identificação pública do autor – daí o termo “secreto”. Entre 2020 e 2021, cerca de R\$ 30 bilhões foram executados sob esse formato nebuloso (LUZ, 2025), fortalecendo o poder de barganha dos congressistas. Reportagens revelaram casos de uso desses recursos para atender redutos eleitorais de líderes do Centrão, muitas vezes com suspeitas de desvios e corrupção. Por exemplo, investigações apontaram verbas do orçamento secreto financiando tratores superfaturados e outros gastos questionáveis em bases eleitorais de aliados do governo Bolsonaro.

Esse processo elevou a participação direta do Legislativo na alocação do dinheiro discricionário (não obrigatório) da União de menos de 5% em 2014 para cerca de 25% em 2024 (LUZ, 2025). Considerando que aproximadamente 90% do orçamento federal é composto de despesas obrigatórias (previdência, pessoal, transferências legais etc.), os parlamentares passaram a dominar cerca de um quarto de todo o montante que o Executivo antes manejava livremente (LUZ, 2025). Em consequência, a capacidade do governo federal de iniciar políticas públicas, investir e implementar programas ficou seriamente limitada sem o aval ou cooperação do Congresso. De fato, parlamentares passaram a conseguir verbas para suas bases eleitorais sem necessariamente votar com o governo – invertendo a lógica tradicional do presidencialismo de coalizão, na qual verbas e cargos eram trocados por votos fiéis (LUZ, 2025). Como resumiu Leonardo Luz, “os parlamentares nunca estiveram tão empoderados e independentes dos favores da presidência da República” (LUZ, 2025). Esse fenômeno estrutural independe de quem seja o presidente de plantão e sugere que o Brasil caminha para uma espécie de “semipresidencialismo informal”, no qual o presidente compartilha de fato – embora não de direito – o poder com o Congresso (LUZ, 2025).

Por outro lado, tal rearranjo trouxe distorções e reação da sociedade e de outras instituições. A falta de transparência do orçamento secreto motivou ações no Supremo Tribunal Federal e pressão da opinião pública. Em dezembro de 2022, o STF julgou inconstitucional a execução sigilosa das emendas de relator (RP9), determinando maior publicidade e equidade na distribuição dessas verbas. Parlamentares então buscaram driblar a decisão, recorrendo às chamadas “emendas PIX” – transferências especiais criadas pela EC 105/2019, que permitem enviar dinheiro federal diretamente a estados e municípios indicados pelo congressista, sem passar por convênios ou fiscalização federal. Segundo a então ministra Rosa Weber, essas emendas PIX são “*um verdadeiro cheque em branco*” nas mãos dos políticos locais, expondo recursos públicos à manipulação política. Em suma, o Congresso

ampliou seu poder orçamentário usando de criatividade legislativa e até *brechas* para contornar obstáculos, consolidando um modelo de “parlamentarismo orçamentário”, no dizer de alguns críticos.

6. FORTALECIMENTO DO STF E JUDICIALIZAÇÃO COMO CONTRAPESO

Paralelamente à ascensão do Congresso, o Poder Judiciário, em especial o STF, também ganhou proeminência no equilíbrio entre os Poderes. Diversos episódios indicam um ativismo judicial maior e um protagonismo do Supremo como guardião da Constituição em situações de crise. Durante os governos Temer e, sobretudo, Bolsonaro, o STF interveio em questões sensíveis: validou investigações contra corrupção sistêmica (Mensalão, Lava Jato), manteve a estabilidade institucional ao barrar medidas consideradas abusivas do Executivo e garantiu direitos fundamentais ante omissões governamentais. Por exemplo, em 2020, no contexto da pandemia de Covid-19, o STF decidiu que estados e municípios tinham competência para adotar medidas sanitárias independentes, contrariando a posição centralizadora do Presidente – decisão vista como freio a possíveis arbitrariedades do Executivo. Ainda sob Bolsonaro, ministros do Supremo (notavelmente Alexandre de Moraes) abriram inquéritos para apurar ameaças às instituições democráticas, diante de ataques coordenados nas redes e até tentativas de subversão da ordem (caso das manifestações antidemocráticas e, posteriormente, dos atos golpistas de 8 de janeiro de 2023). Tais iniciativas mostraram um STF combativo, disposto a coibir investidas autoritárias e a suprir lacunas deixadas pelos outros poderes – postura elogiada por uns como defesa da democracia, mas criticada por outros como “excesso de ativismo” ou “supremocracia” (termo usado por Oscar Vilhena Vieira para descrever um Supremo hiperfortalecido).

O apogeu desse papel moderador ocorreu na questão orçamentária. Em agosto de 2024, diante do impasse entre governo Lula e Congresso quanto ao controle das emendas impositivas, o STF convocou uma mesa de diálogo institucional, resultando num acordo histórico. Segundo relato de Walfrido Warde e outros, esse acordo “*pode dar cabo às emendas impositivas no seu sentido atual, que as caracteriza pelo poder do Parlamento de dispor de parte significativa do orçamento da União, sem qualquer chance de oposição pelo Presidente*” (WARDE et al, 2024). Pelos termos pactuados, as emendas parlamentares passariam a se submeter a critérios técnicos, de transparência e ao crivo do Executivo, em vez

de constituírem ordens autônomas de gasto impostas unilateralmente pelo Legislativo (WARDE at al, 2024). O próprio STF havia concedido liminar (ADI 7697) reconhecendo que a “impositividade absoluta” das emendas – vigente desde 2015 – comprometia a harmonia entre os poderes e violava o princípio da separação funcional (art. 2º da CF) (WARDE at al, 2024). Em outras palavras, o Supremo assumiu o papel de árbitro para reequilibrar o modelo, libertando o Executivo da posição de “refém” do Legislativo no orçamento (WARDE at al, 2024). Essa atuação do STF reforça a ideia de que, se o Brasil enveredou para um semipresidencialismo de fato, foi um semipresidencialismo *sui generis*, com a Suprema Corte agindo como uma espécie de poder moderador informal – expressão que, curiosamente, alguns ministros do STF têm usado para descrever sua missão em tempos de crise institucional.

Contudo, tal fortalecimento do Judiciário não vem isento de controvérsias. Parlamentares e juristas mais conservadores acusam o STF de extrapolar seu papel ao interferir em prerrogativas do Executivo e do Legislativo, politizando a justiça. Debates sobre “*ativismo judicial*” versus “*garantismo institucional*” se tornaram acalorados. Ainda assim, do ponto de vista do equilíbrio entre poderes, a atuação firme do Supremo nos últimos anos serviu de contrapeso às investidas do Executivo (sobretudo durante o governo Bolsonaro, de tendência concentradora) e também como freio a possíveis abusos do próprio Legislativo (como no caso das emendas secretas).

7. VISÕES ESPECIALIZADAS: CRISE DO MODELO OU NOVO ARRANJO?

A transformação das regras do jogo político no Brasil recente tem sido tema de intensa análise por parte de cientistas políticos e juristas. Há diferentes interpretações sobre se vivemos o fim do presidencialismo de coalizão tradicional e a emergência de um semipresidencialismo de fato, ou se estamos diante de uma crise conjuntural passível de correção dentro do modelo atual.

Para Beatriz Rey, pesquisadora da USP e Fundação POPVOX, é precipitado decretar a “morte” do presidencialismo de coalizão (REY, 2025). Ela argumenta que o que fracassou foi a implementação recente do modelo, não o modelo em si (REY, 2025). Em coluna publicada em 2025, Rey identifica falhas na articulação política do governo Lula (3º mandato) como responsáveis pela sensação de ingovernabilidade, e não uma obsolescência

intrínseca do sistema (REY, 2025). Segundo a autora, ainda há margem para o Executivo reconfigurar sua coalizão e se adaptar ao Congresso fortalecido – por exemplo, distribuindo poder de forma mais equilibrada entre os partidos aliados (diminuindo a concentração no PT) e adotando postura mais proativa no processo legislativo (REY, 2025). Em suma, Rey defende que o presidencialismo de coalizão pode ser revigorado com ajustes institucionais, sem necessidade de mudar formalmente o sistema de governo.

Já outros analistas sustentam que houve uma mudança estrutural, aproximando o Brasil de um semipresidencialismo informal. O Leonardo Luz observa que o fenômeno é “estrutural e independente de quem vencer as próximas eleições”, indicando ser difícil reverter as recentes “conquistas” do Congresso (LUZ, 2025). Ele ressalta que o Executivo se tornou dependente de arranjos com parlamentares para implementar programas, o que sugere um compartilhamento de fato do poder governamental (LUZ, 2025). Essa visão é corroborada por líderes políticos como o ex-presidente Michel Temer, que inclusive passou a defender abertamente a adoção de um semipresidencialismo de direito no país. Temer argumenta que, dado que o Congresso *“controla praticamente o orçamento e não tem nenhuma responsabilidade executiva”*, seria mais saudável dividir formalmente o poder, instituindo um primeiro-ministro aprovado pelo Parlamento (TEMER, 2025). Ele sugere que, se os parlamentares já distribuem grande parte das verbas, devem também assumir responsabilidade pela “governabilidade interna do país” – ideia que embasa sua proposta de transição para o semipresidencialismo após 2030 (TEMER, 2025). Importa notar que a PEC do Semipresidencialismo (PEC 2/2025) começou a tramitar na Câmara dos Deputados com apoio de figuras como o presidente da Casa em 2025, Hugo Motta (TEMER, 2025). Ou seja, o debate deixou de ser apenas teórico e passou ao campo das propostas concretas de reforma.

Por outro lado, Sérgio Abranches – formulador do conceito de presidencialismo de coalizão – alerta para não confundirmos os termos. Ele reconhece a “crise de governança” atual, com um presidente minoritário e um orçamento paralelo dilapidando a capacidade de governo (ABRANCHES, 2025). No entanto, Abranches sustenta que a solução não virá simplesmente de rotular o sistema como semipresidencialista, muito menos de práticas oportunistas como o orçamento secreto. Para ele, qualquer sistema (presidencialismo, semipresidencialismo ou parlamentarismo) requer, em um quadro multipartidário, a formação de coalizões programáticas estáveis que sustentem o governo (ABRANCHES, 2025). Sem maioria governista coesa, não há boa governança – seja o chefe de governo um presidente ou um primeiro-ministro. Em outras palavras, o déficit atual de governabilidade decorre menos

do modelo constitucional e mais da fragmentação partidária e do comportamento dos partidos brasileiros, que atuam de forma pragmática e não programática. Assim, Abranches critica a ideia de que o semipresidencialismo, por si só, resolveria o problema: é preciso antes enfrentar a cultura do *toma lá dá cá* e reforçar a responsabilidade programática dos partidos (ABRANCHES, 2025).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o sistema de governo brasileiro permaneceu presidencialista de direito, mas na prática passou por uma reconfiguração substancial a partir de 2015-2016. Nos governos Temer e Bolsonaro, em contraste com os períodos FHC e Lula, o país vivenciou algo próximo a um co-regime: o Presidente viu-se obrigado a dividir o poder com um Congresso fortalecido e mais autônomo, ao mesmo tempo em que o Judiciário assumiu papel ativo de contrapeso. Essa dinâmica levou muitos a enxergarem um semipresidencialismo de fato, no qual as rédeas do Executivo são compartilhadas informalmente. Exemplos concretos corroboram essa leitura: Dilma Rousseff caiu por decisão congressional (impeachment); Temer e Bolsonaro só concluíram seus mandatos graças a acordos frágeis com o Centrão (inclusive para barrar impeachments ou denúncias); o Congresso conquistou fatias crescentes do Orçamento da União (via EC 86, EC 100, emendas RP9), condicionando a agenda do Executivo; e o STF interveio reiteradamente – seja derrubando o orçamento secreto, seja moderando conflitos – influenciando os rumos das políticas.

Há, no entanto, nuances importantes. Esse arranjo emergente não é exatamente um semipresidencialismo nos moldes clássicos (como o de França ou Portugal), pois carece de previsibilidade e mecanismos formais de coordenação. Em vez de um primeiro-ministro responsável perante o Parlamento, temos um Presidente enfraquecido e uma liderança parlamentar (ex.: o presidente da Câmara) exercendo poder extraoficial, sem as amarras da responsabilização executiva direta. Trata-se, portanto, de um híbrido anômalo, fruto das circunstâncias políticas específicas do Brasil pós-2014. Alguns consideram que vivemos a erosão do presidencialismo de coalizão e que uma reforma profunda – quem sabe a adoção formal do semipresidencialismo – seria necessária para sanar a disfuncionalidade. Outros creem que é possível recalibrar o atual sistema, fortalecendo instituições de controle, aprimorando a relação programática entre Executivo e partidos e aumentando a transparência

e coordenação orçamentária, devolvendo assim ao Presidente capacidade de governar sem abrir mão dos freios e contrapesos democráticos.

Em termos de teoria política e constitucional, o caso brasileiro recente enriquece o debate sobre formas de governo híbridas. Ele demonstra que, mesmo sem mudança na letra da Constituição, a prática institucional pode se desviar do desenho original quando pressionada por crises e pela ação estratégica dos atores políticos. O perigo está em cristalizar um modelo informal pouco accountable, em que o Parlamento manda sem governar de fato, e o Presidente governa sem mandar – enfraquecendo a clareza de responsabilidades perante o eleitorado. O desafio colocado para o futuro próximo é restaurar um equilíbrio funcional entre os Poderes: que o Congresso exerça seu fortalecimento com responsabilidade, que o Executivo reconquiste capacidade de coordenação legítima, e que o Judiciário atue como garante da Constituição, sem substituir indevidamente os atores políticos. Somente assim o Brasil poderá evitar o pior dos mundos – a paralisia decisória e o balcão de negócios permanente – e avançar para um arranjo estável, seja ele um presidencialismo de coalizão renovado ou um semipresidencialismo adotado às claras via reforma constitucional. Como bem sintetizou Leonardo Luz, a “nova relação” entre Executivo e Legislativo precisará ser equilibrada com responsabilidade fiscal, eficiência administrativa e transparência, sob pena de o país ficar ingovernável (LUZ, 2025). Em última análise, mais importante do que o rótulo do sistema de governo é assegurar que os freios e contrapesos funcionem em benefício da democracia e da boa governança – objetivo que permanece em construção no Brasil contemporâneo.

9. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015*. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária das emendas parlamentares individuais. **Diário Oficial da União**, 18 mar. 2015.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 100, de 26 de junho de 2019*. Altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada impositivas. **Diário Oficial da União**, 27 jun. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 105, de 12 de dezembro de 2019*. Acrescenta o art. 166-A à Constituição Federal, para autorizar as transferências especiais de recursos federais a Estados, Distrito Federal e Municípios, sem necessidade de convênios. **Diário Oficial da União**, 13 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7697*. Medida cautelar deferida em 8 ago. 2024 (referendada pelo Plenário em 16 ago. 2024).

ABRANCHES, Sérgio. *A política dos vocábulos contra os conceitos: presidencialismo de coalizão e semipresidencialismo*. Blog do Sérgio Abranches, 10 fev. 2025.

LUZ, Leonardo. *Do toma lá dá cá ao Pix: como o Legislativo se libertou do Planalto*. N3 News, 29 maio 2025.

REY, Beatriz. *A morte precoce do presidencialismo de coalizão*. **O Globo**, Rio de Janeiro, 18 maio 2025.

TEMER, Michel. *Temer defende semipresidencialismo no Brasil a partir de 2030*. Brasília: **Poder360**, 10 fev. 2025.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-463, 2008.

WARDE, Walfrido; VALIM, Rafael; SIMÃO, Valdir; SERRANO, Pedro. *Decisão do STF é o fim das emendas impositivas; o refém foi liberto*. São Paulo: UOL, 20 ago. 2024.

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**A HISTÓRIA DE UM POVO QUE CONSTRUIU SUA PRÓPRIA SENTENÇA:
DISPUTA PELO SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO**

**THE STORY OF A PEOPLE WHO CREATED THEIR OWN SENTENCE: DISPUTE
OVER THE MEANING OF THE CONSTITUTION**

**LA HISTORIA DE UN PUEBLO QUE CREÓ SU PROPIA SENTENCIA: DISPUTA
SOBRE EL SENTIDO DE LA CONSTITUCIÓN**

Maria do Rosário de Oliveira Carneiro¹

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-4848-3553>

Submissão: 10/07/2025

Aprovação: 17/07/2025

RESUMO:

O objetivo deste trabalho é refletir acerca da disputa pelo sentido da Constituição a partir da história da Ocupação Dandara, em Belo Horizonte, Minas Gerais. Trata-se de uma das Ocupações Urbanas de luta por moradia onde atuei como advogada e o conteúdo deste trabalho é uma reelaboração/adaptação de um dos tópicos de minha dissertação de mestrado, Capítulo V². Essa reelaboração se deu a partir de estudo dos textos e debates em sala de aula, com a disciplina Temas do Direito Constitucional Comparado: Pensando a Identidade do Sujeito Constitucional no Tempo e a inesgotável disputa pelo sentido da Constituição, no curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), no âmbito do doutorado.

PALAVRAS-CHAVE: Sentido da Constituição. Ocupação urbana. Luta por moradia. Função social da propriedade.

¹ Advogada, professora, mestre e doutoranda em Direito. Integra a Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares (RENAP) e o Observatório de Políticas Públicas com as Pessoas em Situação de Rua da UFMG. Nordestina, do Território do Sisal na Bahia. E-mail: mrosariodeoliveira@gmail.com - Ark:/80372/2596/v16/017

² CARNEIRO, Maria do Rosário de Oliveira. A Assessoria Jurídica Popular no Marco do Pensamento Decolonial: direitos e saberes construídos nas resistências populares. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

ABSTRACT:

The objective of this paper is to reflect on the dispute over the meaning of the Constitution based on the history of the Dandara Occupation in Belo Horizonte, Minas Gerais. This is one of the urban occupations fighting for housing where I worked as a lawyer. The content of this paper is a reworking/adaptation of one of the topics of my master's dissertation, Chapter V. This reworking was based on a study of the texts and classroom debates during the course "Themes of Comparative Constitutional Law: Thinking about the Identity of the Constitutional Subject in Time and the Inexhaustible Dispute over the Meaning of the Constitution," taught in the postgraduate program in Law at the Federal University of Minas Gerais (UFMG), as part of the doctoral program.

KEYWORDS: Meaning of the Constitution. Urban occupation. Struggle for housing. Social function of property.

RESUMEN:

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la disputa sobre el sentido de la Constitución a partir de la historia de la Ocupación de Dandara, en Belo Horizonte, Minas Gerais. Esta es una de las Ocupaciones Urbanas de lucha por la vivienda donde trabajé como abogado y el contenido de este trabajo es una reelaboración/adaptación de uno de los temas de mi disertación de maestría, el Capítulo V. Esta reelaboración se basó en el estudio de textos y debates en clase, con el tema Temas de Derecho Constitucional Comparado: Pensando la Identidad del Sujeto Constitucional en el Tiempo y la inagotable disputa sobre el sentido de la Constitución, en el curso de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), en el ámbito del doctorado.

PALABRAS-CLAVE: Significado de la Constitución. Ocupación urbana. Lucha por la vivienda. Función social de la propiedad.

1. POR QUE AS PESSOAS OCUPAM?

A Ocupação Dandara pode ser considerada um marco na continuidade das lutas urbanas por moradia, pois, inspirou muitas outras lutas e ocupações, em Minas Gerais e no Brasil. Trata-se de uma insurgência contra os latifúndios urbanos que não cumprem a função

social da propriedade, como previsto na Constituição brasileira de 1988 e coloca em questão o ordenamento jurídico e o próprio sentido da Constituição.

Por que as pessoas ocupam é uma pergunta que a Ocupação Dandara respondeu com luta e narrativas que forjaram a produção jurídica e política de direitos, sobretudo o direito à terra e moradia. O povo entendeu que os direitos assegurados na Constituição, para ser efetivado, precisa de luta política conjugada com luta jurídica, pois, “o Direito, por estar inserido e ser fruto das práticas sociais, emerge de vários e diversos centros de produção normativa” (WOLKMER, 2015, p. 164), sendo as lutas sociais uma delas.

2. DISPUTA PELA IDENTIDADE E PELO SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO

As Constituições, com o objetivo de constituir e regulamentar os próprios sistemas de direitos, são projetos em aberto e sujeitos a reformulações e (re)interpretações. No Brasil, desde a primeira Constituição de 1924, até a atual Constituição de 1988, as marcas da disputa pela identidade e pelo sentido constitucional estão presentes.

Pode-se ver na atual Constituição brasileira, por exemplo, as reivindicações populares de um país que recém passava por um processo de ditadura civil-militar-empresarial e clamava por democracia e liberdade, mas também por uma série de outros direitos. Nesse percurso, pode-se perceber que a Constituição é um processo incompleto, sujeito a disputas e interpretações conflitantes.

Nesse sentido, “a identidade constitucional compete com outras identidades relevantes, opondo-se a elas, como por exemplo, o pluralismo religioso, identidades étnicas, etc.” (ROSENFELD, Michel, 2003, pg. 20-21). Uma questão que se coloca é o desafio de incorporar e dialogar com elementos de outras identidades, na perspectiva de um processo plural, bem como abrir-se para interpretações e reivindicações outras que assegurem igualdade isonômica no acesso aos direitos, sobretudo os direitos fundamentais.

Como afirma Rosenfeld, “a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico, sempre aberto a maior elaboração e revisão” (ROSENFELD, Michel, 2003, p. 23) e se desenvolve em um hiato ou na ausência³. No tema da moradia, pode-se dizer de hiatos e ausências no campo da efetivação desse direito no Brasil, desde o processo de colonização e modo de distribuição das terras. Para determinada classe de pessoas, o acesso a

³ Guarda referência a Teoria Psicanalítica do Sujeito de Sigmund Freud e de Jacques Lacan, com a Teoria Filosófica do Sujeito de Georg Hegel.

esse direito implica muita resistência, lutas e disputas, sendo que, muitas vezes, ocupar é a única alternativa que resta, como o foi no caso da Ocupação Dandara. Como acentua Marcelo Cattoni, “há que se promover a transformação da compreensão da Constituição e das práticas políticas e sociais, no sentido do projeto de construção permanente e aberta do Estado Democrático de Direito” (CATTONI, 2007, p.70). Sendo projeto em aberto, sujeito, portanto, às disputas pelo seu sentido e pela efetividade.

O que o fenômeno constitucional que perpassa os tempos quer firmar é a ideia de liberdade e de igualdade. Essa igualdade, no entanto, precisa ser isonômica para acolher as inúmeras diferenças, como diferença de classe, raça, gênero, etc. O olhar para uma ocupação urbana, como a Ocupação Dandara, deve levar à perguntar qual sentido de Constituição guia os seus fundadores/as e construtores/as ocupantes. Considerando que o povo entendeu que não ter moradia digna é uma injustiça e partiu para a disputa desse direito constitucional, pode-se pensar que a Constituição está cumprindo sua função. O problema seria naturalizar o fato de não ter a moradia e ficar inerte diante dessa injustiça.

3. OCUPAÇÃO DANDARA: NARRATIVAS DE UMA LUTA ONDE O POVO CONSTRUIU A SUA PRÓPRIA SENTENÇA

A Ocupação Dandara está situada em Belo Horizonte, MG., no bairro Céu Azul, em uma região considerada 'nobre' da capital, que é a região da Pampulha. Embora a ocupação tenha acontecido na madrugada do dia 09 de abril de 2009, antes deste dia, durante vários meses, foi planejada por movimentos e organizações populares de luta por moradia, como as Brigadas Populares, o Movimento Sem Terra (MST), a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e famílias que se encontravam na fila de espera da política de moradia de Belo Horizonte, no núcleo de moradia do Barreiro⁴.

A proposta inicial era somar as experiências de movimentos urbanos e rurais (Brigadas Populares, MST e CPT) e construir, na cidade, uma ocupação rururbana, que é a soma das experiências de luta por terra e moradia rural e urbana. Para isso, a área, que é de

⁴ A Política de Moradia do Município de Belo Horizonte organiza-se em forma de núcleos de famílias. O município está dividido em regiões e cada região tem um núcleo de moradia com dezenas de famílias cadastradas à espera da casa própria. A Ocupação Dandara foi planejada com os movimentos acima referidos e o núcleo de moradia do Barreiro que é uma das regiões do município de Belo Horizonte. As famílias que integram esses núcleos reclamam de muitos anos de espera. Recentemente, uma nova Ocupação, a Carolina Maria de Jesus, também foi planejada com a participação de um dos núcleos.

315 mil metros quadrados, seria dividida em lotes maiores e cada família, além de construir sua moradia teria um espaço de terra para produzir alimentos e, com isso, alimentar a própria família, a comunidade e contribuir para a alimentação saudável da cidade. Tratava-se de uma tentativa de replicar a experiência do MST com as Comunas, em São Paulo e em outras cidades do Brasil.⁵

Após a ocupação do terreno no dia 9 de abril de 2009, houve confronto com a Polícia Militar de MG e este confronto foi informado pela imprensa televisiva local, o que provocou um efeito contrário ao que a polícia pretendia: poucas horas após o confronto, havia algo em torno de 1.000 famílias, chegando de diversos lugares da cidade, que deixaram para trás o barraco onde moravam, de aluguel e/ou de favor, solicitando um pedaço da terra para construir sua casa naquele local. Pessoas idosas, mulheres com crianças, pessoas doentes, etc., de modo que os movimentos e as famílias que coordenavam a ocupação tiveram que fazer um replanejamento para acolher o povo que chegava. Foi conclamado apoio e formou-se uma grande rede que foi denominada de 'Rede de Apoio e Solidariedade à Ocupação Dandara', constituída por instituições, movimentos populares, organizações religiosas, igrejas, etc., e um trabalho cotidiano para a realização de cadastro, organização interna e mobilização das famílias fez-se necessário.

A polícia insistia em despejar as famílias e limitou, durante seis meses, a ocupação em um quarto do território, o que obrigou o povo a armar os barracos de lona um ao lado do outro, ficando o restante do terreno livre.

Alguns meses depois, as famílias, estrategicamente, ocuparam todo o restante da área e o terreno foi dividido em nove grandes quadras, cada quadra com cerca de cem famílias e dois coordenadores (homem e mulher). O dia em que se deu a ocupação do restante da área foi planejado de modo que, apesar de a Polícia Militar estar vigiando o terreno, quando esta se deu conta, toda a área estava tomada de lonas pretas. Nesse dia, foi organizada com as famílias uma grande procissão sobre o terreno e, enquanto o povo descia cantando/rezando, as famílias iam se espalhando sobre a terra. As nove quadras foram demarcadas previamente com barbantes, por moradores, arquitetas/os e apoiadores, e, em cada quadra, ficou uma fita de uma cor. No dia da procissão, cada morador recebeu uma fita para amarrar no braço com cores correspondentes às que ficaram nas quadras demarcadas com barbantes na terra. As fitas faziam parte da mística da procissão. À medida que a procissão chegava às quadras, os moradores cuja cor de fita no braço correspondia à cor do

⁵ Ver: < <http://www.mst.org.br/2015/06/03/comuna-urbana-completa-10-anos-como-simbolo-de-politica-habitacional-e-integracao-social.html>>. Acesso em 10/07/25.

barbante no chão, ocupavam o espaço e ali ficavam, enquanto os demais seguiam a procissão. Dado um sinal, todas/os começaram a levantar os barracos. Foi quando a polícia que vigiava a entrada do terreno se deu conta de que não se tratava apenas de uma reza, mas da ocupação do restante do terreno. Uma comissão, com advogadas/os populares, defensor público, padre, arquiteto e apoiadores, que participavam da procissão, conseguiram fazer a polícia recuar e, daí para a frente, o povo se espalhou por toda a área e, nas mais diversas formas de resistência, foram construindo suas moradias e a comunidade.

A resistência do povo na luta pela terra e pela moradia, no Brasil, pode ser vista como uma continuidade das resistências dos povos originários que combateram as explorações e violências da colonização e seguem resistindo nos dias atuais. Para o povo empobrecido e trabalhador do Brasil a resistência e a luta sempre foram a maior garantia de direitos.

A escolha do nome 'Dandara' para a ocupação e conhecer a mulher Dandara, de Palmares, companheira de Zumbi, foi relevante para resgatar no povo a força da resistência de Dandara e de Zumbi em cada morador/a. Dandara passou a ser um símbolo forte de resistência e não se pode deixar de falar do imprescindível papel assumido pelas mulheres daquela comunidade, sempre compondo o maior número de pessoas que integraram a coordenação da comunidade, os diversos coletivos e comissões.

Para que não sejam esquecidas, opta-se por registrar aqui os nomes de algumas delas, tais como: Dona Célia, Ideslaine, Priscila, Dona Maria e as tantas outras Marias, Wagna, Liu, Duda, Sônia, Rosa, Simone, Sheila, Leila, Vilma, Vera, Maria do Carmo, Baiana, Fabiana, Sãozinha⁶, Fátima, Cida e Luciana⁷, dentre tantas outras mulheres, moradoras e apoiadoras que, nos primeiros anos da Ocupação, foram verdadeiras Dandaras, assim como a Dandara dos Palmares, na resistência e na luta para a construção da comunidade. Muitas delas seguem ainda hoje construindo a Comunidade.⁸

As opressões e as injustiças não são mais fortes que a resistência do povo. Isso é uma marca na história, desde a colonização. O papel das mulheres, na resistência, sempre foi relevante, embora a história, pela incidência do machismo e do patriarcado, termina

⁶ Maria da Conceição Menezes. Não era moradora. Como apoiadora passou a praticamente morar na comunidade dando um apoio incondicional em todas as frentes, mas, sobretudo, na Comissão de Educação. Conquistou um curso sobre Paulo Freire e educação popular na UFMG e possibilitou às mulheres de Dandara entrarem na UFMG para estudar. Sempre cuidando dos lanches para as reuniões e da alegria indispensável na luta, mesmo quando o medo e a dor tentavam paralisar.

⁷ Optou-se por registrar os nomes como elas são conhecidas na comunidade.

⁸ Sobre a história da Ocupação Comunidade Dandara ver documentário Enquanto Morar for um Privilégio, Ocupar é um direito: < <https://www.youtube.com/watch?v=5fjza-hZ4B0> >. Acesso em 10/07/25.

ocultando isso. Não é muito raro aparecer Zumbi, sem Dandara; Carlos Marighella, sem Clara Charf; Cal Marx, sem Jenny Marx, Paulo Freire sem Elza Freire e assim por diante, mesmo que a história das companheiras tenha sido de igual modo relevante.

Pode-se dizer que a luta pela terra e pela moradia digna das ocupações, com destaque para o papel das mulheres na organização desses territórios, assim como os povos indígenas e demais populações originárias, proporciona uma fonte de resistência anticolonial e anticapitalista e isso vem sendo um instrumento imprescindível para a efetivação de direitos no Brasil e para demarcação da identidade e do sentido da Constituição.

3.1. A SENTENÇA CONSTRUÍDA NA LUTA

Após a ocupação do terreno pelas famílias da Ocupação Dandara,⁹ representantes da Construtora Modelo S/A apareceram informando que eram proprietários da terra, reivindicando a posse e a propriedade da terra. Em seguida, conseguiram do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na 20ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, uma decisão liminar em ação de reintegração de posse¹⁰ que determinava a saída das famílias da área. Após a liminar, toda uma luta jurídico-política se instalou para que o despejo fosse evitado.

Todo esforço da Construtora Modelo S/A com o Poder Judiciário, Estado de Minas Gerais e Município de Belo Horizonte foi montado para cumprir tal decisão judicial. Apesar disso, quanto maior era a pressão para despejar as famílias, mais o povo se mobilizava, a rede de apoio e solidariedade crescia e a Comunidade ganhava visibilidade nacional e internacional. Junto a tudo isso, o povo, noite e dia, reforçava as construções das casas e da comunidade. A Polícia Militar do Estado de Minas Gerais passou a fazer plantão vinte e quatro horas na entrada da Ocupação, para proteger a propriedade (privada) e impedir que as/os moradoras/es entrassem com qualquer material de construção¹¹.

Como parte das estratégias de defesa das famílias, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, especializada em Direitos Humanos e Conflitos Possessórios, por meio da Defensora Pública, Dra. Ana Cláudia Alexandre, em março de 2010, ajuizou Ação Civil Pública (ACP) em face do Estado de Minas Gerais, do Município de Belo Horizonte, da Construtora Modelo e outros atores.

⁹ Vizinhos e pessoas que conheciam a região falavam de mais de quarenta anos em que a área seguia abandonada.

¹⁰ Ação de Reintegração de Posse nº 002409545746-1.

¹¹ Para driblar a polícia, o povo encontrava meios de entrar com o material aos poucos e escondido, sendo que algumas mulheres chegavam a entrar com tijolos em carrinhos de bebês, como se estivessem carregando a criança e, tijolo por tijolo foram levantando as paredes de suas casas.

A Ação Civil Pública foi distribuída em 24 de março de 2010, faltando alguns dias para a Ocupação Dandara completar um ano de vida. Durante todo o primeiro ano todas as forças foram concentradas para evitar o cumprimento da liminar de reintegração de posse expedida desde o terceiro dia de vida da Ocupação. A ACP, dentre os diversos requerimentos que fazia ao judiciário, um deles era o pedido de desapropriação dos terrenos para fins de interesse social, como se demonstra a seguir:

[...] b.3) a obrigação de fazer de promover as ações necessárias para desapropriar a área em litígio ou outra equivalente onde o projeto habitacional a ser desenvolvido a favor da comunidade Dandara possa ser executado; (Decreto-Lei 3.365/41 art. 5º, e, §3º e art. 3º §3º da Lei 11.977/09). (Grifo nosso).

Após a distribuição da ACP, uma das lutas jurídicas travadas foi para reunir os dois processos (reintegração de posse e ACP) na mesma vara, com fundamento no instituto jurídico da conexão.¹² Isso terminou ocorrendo, em 22 de novembro de 2011, ou seja, 1 ano e 8 meses depois da distribuição da ACP, pois o juízo da Vara Cível, que havia concedido a liminar em favor da Construtora, não queria abrir mão do processo de reintegração de posse. Diante do conflito positivo de competência suscitado, o Tribunal de Justiça (TJMG), atendendo a preceitos do Regimento Interno, analisou e julgou a mudança de competência, deferindo a remessa dos autos da Vara Cível para a 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual, onde tramitava a ACP.

Ao chegarem os autos da ação de reintegração de posse na Vara da Fazenda Pública Estadual, o que ocorreu somente em novembro de 2011, uma das primeiras medidas tomada pelo Juiz, Dr. Manoel dos Reis Moraes, foi suspender a medida liminar de reintegração de posse, que se encontrava na iminência de ser cumprida, o que foi confirmado em segunda instância pelo TJMG. A manifestação desse juiz, requisitando a conexão, foi nos seguintes termos:

¹² O artigo 103 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, dispunha: "reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir". Fundamentado neste artigo, e considerando a amplitude dos pedidos da Ação Civil Pública (ACP), com questão de direitos humanos fundamentais e coletivos inclusive, requereu-se a modificação da competência para reunir os dois processos na Vara da Fazenda Pública Estadual onde tramitava a ACP.

Isso, realmente, conduz à conexão (art. 103 do CPC), pois se naquela demanda o questionamento está centrado no direito à “posse” e, nesta, há o mesmo objeto, mas com uma abrangência bem maior, porque se pretende a “posse” para realização do “direito à moradia”, que possui dignidade constitucional (art. 104 do CPC), indubitável a concretização desse instituto processual (Autos n. 1319099-34.2012.8.13.0024. Decisão do Juiz Manoel dos Reis Moraes em 25/10/2011).

Também se fez necessário buscar impedir que a Promotoria de Habitação e Urbanismo do Ministério Público falasse nos autos. Um dos motivos, para tal impedimento, era o fato de o entendimento, desta Promotoria, ser o de que as famílias deveriam ser encaminhadas para abrigo e bolsa aluguel e o fato de que, dessa Promotoria, havia um Termo de Ajustamento de Condutas (TAC) com a Prefeitura de Belo Horizonte, que impedia a instalação, nas ocupações, dos serviços de água, saneamento e energia, por serem consideradas áreas "irregulares". Não faltaram denúncias e lutas contra referido TAC até que, em 2016/2017, nova interpretação foi dada para o mesmo e iniciaram-se os processos de instalação de água e, posteriormente, também de energia, na Ocupação Dandara e em outras ocupações urbanas. Importante dizer que, no âmbito do Ministério Público, também um conflito positivo de competência entre essa Promotoria e a Promotoria da Vara Agrária foi suscitado.

Referido conflito positivo de competência tornou-se um precedente importante no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG). No primeiro momento, manifestou-se no processo o promotor da Vara Agrária, Dr. Afonso Henrique de Miranda, que tinha entendimento favorável à permanência das/dos moradoras/es na comunidade, reconhecendo o descumprimento, por parte da construtora, da função social da propriedade e o legítimo direito fundamental à moradia dos ocupantes. Ocorre que a Promotoria de Habitação e Urbanismo passou a reivindicar o processo com a Vara Agrária ao argumento de que a competência seria dela.

A Assessoria jurídica da Comunidade, juntamente com as/os moradoras/es, movimentos e apoiadores, iniciou diversas lutas junto ao MPMG e, pela primeira vez, no

âmbito deste Ministério, foi suscitado um conflito positivo de competência. No julgamento desse conflito foi decidido que a competência continuaria com a Vara Agrária para o caso de Dandara e, para os demais casos de ocupações urbanas a competência seria da Promotoria Especializada em Direitos Humanos. Tudo isso é importante quando pensado da perspectiva da força que tem a luta popular frente às instituições do Sistema de Justiça, quando insurge contra suas incoerências e atuação fragmentada.

Muitas eram as ilegalidades apontadas pelas/os procuradoras/es da Ocupação Dandara e pela Defensoria sobre os terrenos objeto da lide. Estudos e pesquisas realizadas em cartórios de Belo Horizonte e de Ribeirão das Neves, município limítrofe da área, demonstravam que a Construtora Modelo jamais havia exercido a posse do terreno: desde que o adquirira não havia cumprido o preceito constitucional da função social da propriedade, e mais, não havia efetuado pagamento pelas áreas. A Construtora tornou-se proprietária da área (315.000m²) por meio de escrituras lavradas no Cartório do 1º Ofício de Notas de Ribeirão das Neves:

a) uma área de 195.000 m², adquirida em 17.02.1997, escritura livro n. 149-N, fls. 53/58, matrícula n. 8005, Av. 06; b) outra área de 70.000 m², adquirida em 30.01.1997, escritura livro n. 149-N, fls. 45v/52, matrícula n. 8006, Av. 05; e c) uma área de 50.000 m², adquirida em 30.01.1997, escritura livro n. 149-N, fls. 45v/52, matrícula n. 8007, Av. 05, somando, no total, 315.000 m² (Ação de Reintegração de Posse nº 002409545746-1 e ACP nº 1319099-34.2012.8.13.0024 - 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Belo Horizonte).

A Construtora não havia feito, até abril de 2009, quando as famílias ocuparam os terrenos, qualquer pagamento das três áreas e de igual modo não havia tomado posse dos imóveis, passando a preocupar-se com o terreno apenas depois da ocupação da área pela comunidade. Constatou-se que havia uma dívida do imposto predial e territorial urbano (IPTU), o que evidenciava o interesse na valorização dos terrenos para a especulação imobiliária. No que se refere ao pagamento dos terrenos pela Construtora, isto seria feito com “percentuais” do produto da venda de cerca de 1.000 unidades (casas populares/520 e unidades autônomas/480) que seriam construídas pela Construtora Modelo. Como não houve

a construção das casas populares, também não houve pagamento dos terrenos até a data da ocupação da área pelas famílias, ou seja, quinze anos depois (Ação de Reintegração de Posse nº 002409545746-1 - 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Belo Horizonte).

Uma grande Campanha, nacional e internacional, contra o despejo, foi lançada, cujo tema foi: "Mexeu com Dandara, mexeu comigo". Pessoas, movimentos, organizações e coletivos, do Brasil e do mundo inteiro, faziam fotos com esse tema e postavam em mídias sociais, dando a mais ampla divulgação, em apoio e solidariedade às famílias. Tudo isso foi transformando o preço político do cumprimento da decisão judicial muito alto. Enquanto isso, o povo construía suas casas e se reconstruía enquanto sujeito coletivo e como comunidade. Um contraponto ao modelo hegemônico e mercadológico de construir a cidade.

Outra ação importante, para fortalecer a luta jurídica, foi fazer com que chegassem ao judiciário, aos governos e à toda sociedade as informações sobre a luta política de cada dia da comunidade e seu cotidiano. Para isso, fez-se necessário reforçar as formas de comunicação que, à época, ainda eram reduzidas ao email, algumas mídias digitais, mensagem de celular, telefonemas e a divulgação de notas.

Na Comunidade, como eram muitas as pessoas que lá moravam, a estratégia de comunicação interna também foi multiplicada. Além das reuniões diárias de coordenadoras/es, advogadas/os, rede de apoio e moradoras/es, semanalmente, de modo ordinário, e, extraordinariamente, sempre que necessário, assembleias de moradores eram realizadas e um jornal semanal, feito por moradores, movimentos sociais e apoiadores, era impresso e distribuído entre as famílias, para dar informe sobre o andamento processual, dar orientações sobre a luta, oferecer dicas de boa convivência, além de dar informes e orientações sobre os direitos. O trabalho da AJP, na comunidade, passava também pela assessoria em todos esses processos de luta política e jurídica.

Outra ferramenta indispensável de comunicação alternativa era o "recado" gravado em um CD que tocava na caixa de som da moto de algum colaborador. Da 'vaquinha'¹³ saía o dinheiro para comprar o CD, pagar a gasolina da moto e dar uma contribuição para o motoqueiro. Um colaborador gravava a mensagem em seu computador e durante o dia ou durante algumas horas a moto circulava por todas as ruas da Comunidade, sempre que era preciso fazer uma comunicação mais urgente e importante. Antes, houve também a experiência de "som no poste", uma espécie de rádio que funcionava com autofalantes distribuídos por toda a Comunidade. Isso tudo significa dizer que a comunicação

¹³ Coleta de dinheiro entre o coletivo para pagamento de despesas comuns ou outros pagamentos.

popular e alternativa foi imprescindível na luta da Ocupação Dandara e também uma forma de fortalecer o coletivo, assegurando informação e, conseqüentemente, mais participação das famílias. Estas experiências foram se multiplicando em outras ocupações.

Como o Estado e o Município "lavaram as mãos", não assegurando nenhuma política pública, todo o trabalho interno, de mediação de conflitos, reivindicação de escolas, atendimento nos postos de saúde, atendimentos coletivos e individuais, eram feitos pela coordenação, pela AJP presente na comunidade, movimentos e apoiadores. As estratégias de fazer crescer entre os moradores a solidariedade, o cuidado mútuo e coletivo, a amizade, o cuidado com as crianças, o cultivo de alimentos orgânicos e saudáveis nos quintais, o respeito às crenças, etc., era um trabalho constante e tudo isso compunha também o ato de advogar e de fazer assessoria jurídica popular.

Como dito antes, as mulheres da Ocupação Dandara eram fortes lideranças e compunham a maioria das pessoas que integravam os coletivos e a coordenação. Nos primeiros anos fecharam-se as portas dos postos de saúde dos bairros vizinhos, das escolas, da Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), etc. O argumento era que não estavam preparados para, de repente, receberem aquele grande volume de pessoas. Para cada tema desses havia uma comissão e as mulheres eram as protagonistas. Sendo assim, semanalmente, provocavam-se reuniões com Secretaria Municipal de Educação, a de Saúde, com a COPASA, a CEMIG¹⁴, diretoras das escolas vizinhas etc., protocolavam-se ofícios, realizavam-se marchas, diversas lutas, até arrancar vagas para as crianças nas escolas e acesso aos postos de saúde. A desculpa da falta de endereço foi sanada, a princípio, com atestados assinados pelas/os advogadas/os populares que acompanhavam as famílias, atestando que estas moravam na Comunidade e aos poucos estes atestados passaram a ser assinados pelas/os próprias/os coordenadoras/es, como uma construção alternativa de um direito novo que era o direito de ter um endereço e um domicílio. Isso, utilizando o endereço da própria Comunidade com os nomes das ruas dados pelas/os próprias moradoras/es.

Sobre o projeto urbanístico da Comunidade e a escolha dos nomes das ruas, aquele foi elaborado pelo professor e arquiteto Thiago Castelo Branco e sua equipe, que integra a Associação dos/as Arquitetos/as Sem Fronteiras. O processo de construção se deu com a participação das/os moradores que, além de colaborar com os desenhos das ruas, reservando os espaços coletivos, áreas verdes, etc., colaboraram também com a demarcação

¹⁴ A COPASA iniciou a instalação dos serviços de água e saneamento apenas em 2016 e a CEMIG em 2018.

física desses espaços. Importante destacar que na Comunidade muitas pessoas trabalhavam na construção civil e entendiam de arquitetura, incluindo as mulheres. Tais saberes foram extremamente importantes na construção da Comunidade e compartilhados, recebendo uma das ruas, em homenagem aos moradores pedreiros, o nome de 'Rua Pedro Pedreiro', bem como, em homenagem às mulheres diaristas da comunidade, 'Rua Maria Diarista'. Ambas as ruas da comunidade receberam nomes que reforçavam a luta das/os moradoras/es, como Rua Zumbi dos Palmares, Rua Dom Helder Câmara, Rua Irmã Dorothy, Rua Estefani e Beatriz,¹⁵ etc., sendo que as duas únicas e principais avenidas receberam o nome de Avenida Dandara, e Avenida Nove de Abril, esta última em homenagem ao dia do nascimento da ocupação.

O Plano de Regularização Urbanística foi iniciado em 2017, pela Prefeitura de Belo Horizonte (uma conquista das/os moradoras/es no Orçamento Participativo) que reconheceu o Projeto Urbanístico, mantendo os nomes das ruas, até mesmo porque isso já havia se tornado uma realidade para as/os moradoras/es desde 2009.

Na Ocupação Dandara, os saberes, sobre como construir coletivamente um bairro, foram construídos na resistência e, apesar da grande meta ser o direito à moradia digna, diversos outros direitos tiveram que ser defendidos e construídos cotidianamente, o que passava, sobretudo, pelo direito de serem respeitados em sua dignidade, quando crescia a criminalização da comunidade, dos moradores, seus defensores e das ocupações urbanas na cidade.

Muitos foram os momentos em que a própria equipe de coordenação também sofreu altos níveis de cansaços e estresse e tiveram que parar, refletir, dar um tempo, recuar e depois retomar a luta. As místicas, os cantos, as palavras de luta, a solidariedade da rede de apoio, as amizades, etc., foram instrumentos indispensáveis para esses tempos. Um refrão que virou hino de luta da Comunidade Dandara e que depois foi adaptado para as lutas das demais ocupações urbanas, cantado por moradores, incluindo adultos e crianças e por apoiadores, veio de um dia desses em que o cansaço e o estresse parecia haver tomado conta de todo mundo da coordenação e as pessoas pareciam perder de vista o objetivo principal da luta. No 'barraco' comunitário, feito de maderite, onde se faziam as reuniões, percebendo que o povo tendia a se desanimar, fizemos uma dinâmica em que cada uma/um recordava o motivo pelo qual estava ali, contava para a/o outra/o sua história de vida, reconhecia na/o companheira/o uma/um parceira/o na empreitada da moradia e, ao final, sugeriu uma ciranda cantando, "*ó Dandara, ó Dandara ó, a nossa luta aqui vale mais que ouro em pó*". O grupo

¹⁵ Estefani e Beatriz foram duas crianças (irmãs) que morreram carbonizadas no início da comunidade quando o barraco onde elas dormiam foi incendiado.

foi circulando, cantando baixinho e mais alto, mais alto e baixinho, até que toda a comunidade cantava este hino, como um jeito de não esquecer o quanto valia aquela luta, nas assembleias, nas marchas, etc. O cotidiano dessa luta, as grandes e pequenas ações internas e externas tudo compunha a defesa jurídica direta e indiretamente. No processo judicial buscava-se informar sobre cada pé de couve e cada criança que nasciam, e ao povo, o Direito era decifrado em linguagem popular, construído na luta, sendo sujeitos coletivos que constroem identidades coletivas.

Junto à tentativa de se defender da decisão judicial que determinou o despejo das famílias, toda uma luta interna e externa era travada. As famílias decidiram ocupar a porta da Prefeitura Municipal para tentar diálogo com o então prefeito, Márcio Lacerda, que não recebia a comunidade nem seus apoiadores. Duas semanas morando literalmente na porta da prefeitura, na Avenida Afonso Pena, não foram suficientes para sensibilizar o prefeito. As/os moradoras/es encerraram a ocupação com uma vigília ecumênica e deixaram na calçada da prefeitura inúmeras velas acesas numa simbologia de que a fé e a luta caminhavam juntas. Enquanto os teóricos das ciências religiosas escrevem tratados sobre ecumenismo e respeito à diversidade religiosa, na luta, o povo vive isto com muito respeito e tranquilidade e vivencia uma espiritualidade e uma fé que convergem no mesmo sentido que é o da luta cotidiana por direitos. Essa espiritualidade, na Comunidade Dandara, sempre foi uma questão muito forte e respeitada. Uma das primeiras construções coletivas, feita em mutirão, foi a construção da Igreja, que no princípio seria ecumênica, mas depois houve a compreensão de que era importante ter a igreja católica, mas também as igrejas de outras denominações religiosas, o que foi feito.

Muitas eram as ações internas e externas para superar as dificuldades, mobilizar as famílias para a construção coletiva da comunidade, de modo autogestionário e fazer crescer a solidariedade. Isso passava por intenso processo de formação das lideranças da comunidade, por atividades culturais, incentivo ao plantio de hortaliças e alimentos orgânicos nos quintais, incentivo aos artistas da comunidade, etc.

O judiciário, a Prefeitura Municipal, a Construtora Modelo S/A e a Polícia, todavia, não cochilavam na tentativa de cumprir a decisão liminar de reintegração de posse. Para fortalecer o apoio à Comunidade, a Banda "Graviola e o Lixo Polifônico", parceira da comunidade, decidiu fazer um show para o lançamento de um de seus discos. Tudo preparado para o show, com moradores e uma grande rede de apoiadores mobilizados, algumas horas antes, a Prefeitura Municipal proibiu a realização do show, com fundamento preconceituoso,

dizendo tratar-se de local com alto índice de violência e de não haver efetivo de segurança garantido. Foram horas de tentativa de negociação sem êxito e, só depois de medida judicial junto ao juiz de plantão, pois era final de semana, é que a realização do show foi liberada, pouco antes do horário marcado para o show começar. Apesar da ordem do prefeito e da falta de "segurança" da polícia, um grande palanque foi montado na ocupação e o show aconteceu¹⁶ com um grande número de pessoas, entre moradores e visitantes, sem nenhuma "ocorrência de violência" como temiam o prefeito e a polícia. Como pode ser visto, junto com a luta pela moradia, uma grande luta por todos os direitos mínimos necessários para se viver dignamente, como saúde, educação, lazer, construir relações de vizinhança, comunidade, respeito, etc., teve que ser travada.

Foi o único caso conhecido no âmbito do TJMG de um juiz que saiu de seu gabinete e pisou os pés em uma ocupação urbana, fazendo inspeção no local, entrando nas casas e conversando com as famílias. Chegada a hora de sentenciar os processos, foi, contudo, promovido a desembargador¹⁷.

Para acompanhar as audiências judiciais, a Ocupação Dandara realizou cinco grandes marchas¹⁸, com centenas de pessoas, moradoras/es da comunidade, para o centro de Belo Horizonte, no Fórum, no Tribunal de Justiça e na Vara da Fazenda Pública Estadual, e mais: comissões de moradoras/es, durante as audiências, reivindicavam o poder de fala, forjando espaços dentro do Judiciário para que a voz das pessoas da comunidade fosse ouvida para além da defesa das/os advogadas/os populares que acompanham suas causas. Essas lutas, dentre tantas outras, foram de fundamental importância para que a Comunidade construísse "sua própria sentença."¹⁹

¹⁶ Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=w0eMB_OL-Xw>. Acesso em 10/07/25.

¹⁷ Sobre a visita do juiz, Dr. Manoel dos Reis Morais, na Ocupação Dandara, ver: <<https://www.youtube.com/watch?v=zY2386aRVL8>>. Acesso em 10/07/25.

¹⁸ A título exemplificativo ressalta-se a manchete dada a uma das marchas, realizadas em 19/02/2013: "Integrantes da Comunidade Dandara chegaram no início da tarde desta terça-feira (19) ao prédio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), na rua Goiás, no Centro de Belo Horizonte. Eles saíram da área onde moram, que fica no bairro Céu Azul, na região da Pampulha, e caminharam pelas avenidas Portugal, Antônio Carlos e Afonso Pena. Os manifestantes ficaram na porta do edifício durante uma audiência sobre a desapropriação do terreno que ocupam". Disponível em: <http://bhaz.com.br/2013/02/19/moradores-da-comunidade-dandara-fazem-marcha-para-acompanhar-audiencia-sobre-terreno/amp/>. Acesso em 10/07/25.

¹⁹ Trata-se de uma metáfora, tendo em vista que os processos se encontram, há mais de dois anos, com a fase de instrução concluída, prontos para o julgamento em primeira instância, mas as sentenças, até os dias atuais (agosto de 2017), não foram prolatadas. Em contrapartida, as famílias construíram todas as casas de alvenaria, em processo de autogestão. Construíram ruas, avenidas, espaços coletivos, igreja, acesso a direitos como saúde, educação e construíram laços de comunidade. Com muita luta, os serviços de água já foram instalados pela Companhia de Água e Saneamento de Belo Horizonte (COPASA) e a Prefeitura de Belo Horizonte, depois de muita pressão, está realizando o Plano de Regularização Urbana (PRU) da comunidade, tornando, com a luta, os processos, em casos consumados.

Toda essa luta do povo levou à paralisação dos dois primeiros processos, ou seja, a Ação de Reintegração de Posse e a Ação Civil Pública. Mesmo tendo concluída a fase de instrução e estando aptos para julgamento, não houve sentença. Como pode ser observado no segundo quadro dos processos acima, o quadro da Ação Civil Pública, os processos ficaram conclusos para julgamento em 15 de dezembro de 2013, ou seja, a partir desta data, o juiz já poderia sentenciá-los. Após inspeção judicial na Ocupação, realizada pelo juiz responsável pela sentença, este foi, porém, como dito antes, promovido a desembargador e o novo juiz que assumiu o cargo converteu o julgamento em diligência. Iniciava-se uma nova fase processual com a movimentação do Estado de Minas Gerais para desapropriar as áreas, o que ocorreu via processo administrativo (decreto estadual) e, em seguida, processo judicial de desapropriação, que desconsiderou totalmente a existência dos processos anteriores, das famílias, suas/seus procuradoras/es e da própria Defensoria Pública, como será visto adiante.

Após oito anos daquele 09 de abril de 2009 em que nasceu em Belo Horizonte a Ocupação-Comunidade Dandara, quase três anos depois de encerrada a fase de instrução do processo de reintegração de posse e da Ação Civil Pública (ACP), estando esses processos conclusos para julgamento, o então governador do estado de Minas Gerais, Fernando Pimentel, publicou o Decreto 196/16, transformando as áreas dos terrenos onde está situada a Ocupação Dandara em 'áreas de interesse social para fins de desapropriação'. O Estado de Minas Gerais que inicialmente se manifestou nos autos dos processos judiciais alegando não ser parte e remetendo a responsabilidade ao Município de Belo Horizonte, no entanto, publicou Decreto reconhecendo a área como de interesse social para fins de desapropriação e, em seguida, ajuizou uma ação de desapropriação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história da Ocupação Dandara, como demonstrado acima, pode ser compreendida como as narrativas de uma luta onde o povo construiu sua própria sentença. O percurso percorrido pela comunidade, tanto na atuação com os processos judiciais, quanto nos processos de organização política e autoconstrução da própria comunidade é uma experiência concreta de disputa pelo sentido da constiuição e de sua identidade.

Quando ação de desapropriação foi iniciad apelo Estado, a Comunidade já havia tornado inviável o cumprimento de qualquer medida que objetivasse retirar as famílias

do território. Cem por cento das casas construídas de alvenaria, espaços coletivos como igreja, centro comunitário, etc., e uma importante articulação com a cidade, com o país e com o apoio internacional, inclusive. Tudo construído por meio de luta e de organização da Comunidade. O judiciário tinha todos os elementos para sentenciar os dois processos, o de reintegração de posse e a Ação Civil Pública. Toda fase de instrução concluída. Os processos, no entanto, ficaram obsoletos, "empoeirados em um canto no chão da sala da Secretaria" e o povo, escreveu sua própria sentença e afirmou o seu sentido de Constituição.

5. BIBLIOGRAFIA

BRASIL, **Constituição Federal de 1988.**

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARNEIRO, Maria do Rosário de Oliveira. **A Assessoria Jurídica Popular no Marco do Pensamento Decolonial: direitos e saberes construídos nas resistências populares.** Belo Horizonte: Dialética, 2020.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional.** Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** 3ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

_____. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)